

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXIX

Bogotá, julio 5 de 1933.

Número 1879

Director, FERNANDO GARAVITO A.,
Relator de la Corte.

ADVERTENCIA

Con el presente número principia el tomo XXXIX de la GACETA JUDICIAL. El número anterior (1878) está destinado a los índices y a la jurisprudencia del tomo XXXVIII.

CORTE PLENA

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

El señor Vicente Soffia G., en su calidad de ciudadano colombiano, pide se declaren inexecutable, como opuestos a la Constitución Nacional, los artículos 1º a 6º del Decreto legislativo número 2 de 19 de enero de 1906; el artículo 4º del Decreto legislativo número 37 de 10 de julio del mismo año, y el artículo 2º del Decreto legislativo número 48 de 14 de septiembre, también del citado año de 1906.

Los fundamentos de la demanda son:

"1º Según el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, cualquier ciudadano puede acusar como inconstitucionales los decretos del Poder Ejecutivo que tengan carácter legislativo, a fin de que esa honorable corporación decida definitivamente sobre su exequibilidad o inexecutable.

"2º Por Decreto número 67, de 15 de enero de 1906, fue declarado en estado de sitio el territorio del Distrito Capital. El referido Decreto aparece publicado en el número 12550 del Diario Oficial de 19 de enero de 1906.

"3º El estado de sitio de que trata el hecho precedente fue levantado por Decreto legislativo número 48, de 14 de septiembre de 1906; el que fue publicado en el número 12747 del Diario Oficial de 17 de septiembre de 1906.

"4º Los Decretos legislativos números 2 y 37 de 1906 fueron expedidos por el Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros, en uso de las facultades que concedía el artículo 121 de la Constitución, vigente en esa época; y aparecen publicados en los números 12554 y 12694 del Diario Oficial, correspondientes a los días 24 de enero de 1906 y 14 de julio de 1906, respectivamente.

"5º Según el artículo 121 de la Constitución, turbado el orden público en toda la República o en parte de ella, quedará el Presidente investido de las facultades que le confieren las leyes, y en su defecto, de las que le da el Derecho de Gentes para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que dentro de dichos límites dicta el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

"6º La Ley 2ª de 1904, interpretando acertadamente el artículo 121 de la Constitución, establecía en su artículo 1º que decretos legislativos como los acusados sólo tendrán fuerza obligatoria cuando tengan por objeto 'defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento'; y, en su artículo 3º, que quedan insubsistentes los Decretos legislativos por la promulgación del Decreto sobre el restablecimiento del orden público.

"7º El artículo 2º del Decreto mencionado, en el hecho tercero dispone que quedan en vigencia los Decretos legislativos no derogados, expedidos por el Poder Ejecutivo, a virtud de la facultad constitucional, hasta que el Poder Legislativo disponga otra cosa.

"8º Los artículos acusados del Decreto legislativo número 2 de 1906, disponen: a), el primero, que las sociedades o compañías domiciliadas fuera del país que tengan o establezcan empresas de carácter permanente en el territorio de la República, protocolizarán dentro de determinados plazos el documento de su fundación y de sus estatutos en la Notaría del Circulo donde esté el asiento principal de sus negocios; b), el artículo 2º, que dichas sociedades deberán tener en Colombia un representante con facultades de mandatario y con igual personería que la del Gerente, para las controversias judiciales que ocurran y para los negocios establecidos en el país; c), el artículo 3º, que los documentos de que hablan los artículos anteriores deberán extenderse con las formalidades exigidas en el lugar donde se otorguen; d), el artículo 4º, que el extracto de las escrituras y estatutos de las sociedades dichas y el extracto de los poderes de sus representantes en Colombia, serán registrados en el respectivo Juzgado de Circuito donde esté el asiento principal de sus negocios; y que tales extractos, después de registrados en el Juzgado, se publicarán tres veces por lo menos en el periódico oficial del respectivo Departamento; e), el artículo 5º, que corresponde al Poder Ejecutivo declarar cumplidos por parte de las compañías extranjeras los requisitos de que trata este Decreto; y f), el artículo 6º, que son nulos los actos que se ejecuten o contratos que se celebren sin la observancia de las formalidades prescritas en este Decreto.

"9º El artículo 4º del Decreto legislativo número 37 de 1906 dispone que los extractos de que trata el artículo 4º

del Decreto legislativo número 2 de 1906, se publicarán en el periódico oficial del respectivo Departamento, si lo hubiere, y en el Diario Oficial.

"10. La simple lectura de los dos hechos inmediatamente precedentes, indica que ninguno de los textos acusados tuvo por fin 'defender los derechos de la Nación en guerra exterior, ni reprimir un alzamiento'; y, por consiguiente, no fueron dictados 'dentro de los límites' prescritos en el artículo 121 de la Constitución.

"11. La afirmación contenida en el hecho precedente se corrobora con la consideración de que los textos acusados versan todos sobre materia de Derecho Internacional Privado.

"12. El artículo 2º del Decreto legislativo número 48 de 1906 es también violatorio del artículo 121 de la Constitución."

Requerido el concepto del señor Procurador, este alto funcionario lo emitió en sentido de ser incompetente la Corte para conocer de la demanda, exponiendo ampliamente los fundamentos de su dictamen, los cuales se encuentran condensados en estos dos apartes de la vista fiscal:

"El sistema constitucional anterior al año 10 no daba cabida para que una ley fuera declarada irrita por contrariar la Constitución; como las leyes quedan sometidas al sistema constitucional vigente al tiempo de su expedición, considero que tales leyes tampoco pueden declararse ahora inexecutable. La razón de esto es que un cambio constitucional no puede operar sino desde que se lleva a cabo sin que tenga efecto retroactivo; y si se llegara a admitir que el sistema actual fuera aplicable a las leyes dictadas antes de 1910, ello equivaldría a sustituir el régimen anterior por el régimen actual para gobernar actos que como consumados durante la vigencia de aquél, es obvio que debían estar regidos por él. Si el país quiso que las leyes dictadas durante cierto tiempo no pudieran ser declaradas inexecutable, y este sistema lo consagró en su Constitución, sería absurdo que las leyes dictadas ya bajo esa condición constitucional pudieran modificar ese carácter.

"Considero pues, que las funciones de custodio de la Constitución Nacional que el Acto legislativo número 3 de 1910 atribuyó a la Corte, no pueden extenderse sino a los actos que amenacen su integridad con posterioridad a esta fecha, puesto que los actos anteriores quedan definitivamente acondicionados por un sistema que por voluntad del pueblo colombiano se había consagrado en nuestra Constitución."

Procede la Corte a resolver lo que sea del caso en orden a la demanda que se considera; y como el asunto de competencia es primordial, lo tratará en primer término, ya que ha sido él materia de objeción por parte del señor Procurador.

El artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910 confió a la Corte Suprema la guarda de la integridad de la Constitución, y en desarrollo de este mandato le asignó la facultad de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos objetados por el Gobierno como inconstitucionales o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como opuestos a la Constitución.

Antes de la expedición del anterior texto existía en materia de leyes inconstitucionales el artículo 5º de la

Ley 57 de 1887, modificado por el 6º de la Ley 53 del mismo año, disposiciones que establecían algunas reglas encaminadas a solucionar las dificultades que en la práctica presentaran los textos legales que por algún aspecto fueron opuestos a los cánones fundamentales. Mas no existía autoridad alguna a quien se hubiera asignado la atribución de decidir acerca de la inconstitucionalidad de las leyes y decretos ejecutivos de una manera general y con fuerza obligatoria para todos los casos. Esa facultad le fue dada a la Corte por la enmienda constitucional de 1910, que ya se conoce.

Que el ánimo del constituyente de 1910 fue hacer extensiva la indicada facultad de la Corte a las leyes y decretos ejecutivos anteriores al Acto legislativo número 3 de aquel año, lo hace ostensible la redacción del artículo 41 al someter a la jurisdicción de la Corte todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano, sin distinción alguna entre las anteriores y las posteriores a la mencionada reforma; circunstancia que no permite establecer separación entre los unos y los otros para el efecto del ejercicio de la atribución allí conferida. Y no podía ser de otro modo, dado que la Constitución debe prevalecer sobre la ley en todo caso, sea cual fuere la fecha de ésta.

Tal ha sido de otra parte la doctrina constante de la Corte. En sentencia de fecha treinta de mayo de mil novecientos once, dictada por la Sala de Negocios Generales, que por entonces conocía de los asuntos de inexecutable de las leyes y decretos, se lee:

"Finalmente, aunque el decreto ejecutivo que comprende el artículo denunciado es anterior a la disposición constitucional que faculta a la Corte para declarar inexecutable los que sean inconstitucionales, tal disposición se extiende a los anteriores a ella, porque no se refiere a tiempo determinado, y porque su objeto ha sido el de que se pueda con su ejercicio suspender los efectos de los decretos inconstitucionales del Poder Ejecutivo sin consideración a su anterioridad o posterioridad a ella." (Gaceta Judicial, tomo XX, página 25).

En otros fallos ha entrado directamente la Corte a revisar leyes y decretos anteriores a la expedición del Acto legislativo número 3 de 1910, sin hacer observación alguna acerca de su competencia, pero admitiéndola irrestrictamente, como lo presupone el hecho de haber aprehendido el conocimiento y fallado de fondo las demandas.

Establecida así la competencia de la Corte, se procede al estudio del negocio.

El fundamento de la acusación que se formula a los Decretos legislativos números 2 y 37 de 1906, es el de ser violatorios del artículo 121 de la Constitución, por estimar el demandante que los referidos Decretos rebasaron las facultades que el mencionado texto constitucional confería al Presidente de la República mediante la declaración de turbación del orden público en toda la República o parte de ella, debido a que las medidas tomadas en aquellos decretos no eran en concepto del demandante necesarios para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento.

Empero, como el artículo 121 citado fue subrogado por el 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, y la parte del primero de estos textos en que se basa la acusación, o sea la referente a que las facultades del Presidente de la República en los casos de declaración de estado de sitio tienen por objeto la defensa de los de

rechos de la Nación o la represión del alzamiento, no fue reproducida en la disposición reformativa, la referida parte ha quedado insubsistente.

La misión (defensora de la Constitución) confiada a la Corte por la enmienda constitucional del año diez, se refiere naturalmente a aquellos cánones de la Carta vigentes a la fecha en que la guarda de éstos haya de ejercerse. Las disposiciones derogadas ora expresa, ora tácitamente, no formando ya parte del estatuto, no tienen observancia y por lo mismo la función defensora de la Corte no puede comprenderlas.

Síguese de lo dicho que no estando vigente hoy la parte del artículo 121 de la Constitución en que se basa la acusación que se considera, no puede ésta prosperar, y por ello la Corte Suprema, obrando en pleno y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no hay mérito para declarar inexequibles, en el concepto en que han sido acusados, los Decretos legislativos números 2 y 37 de 1906.

Envíese copia de este fallo al señor Ministro de Gobierno.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial. Archívese el expediente.

PARMENIO CARDENAS — Francisco Tafur A.—José Miguel Arango—Carlos Arturo Díaz—Enrique A. Becerra—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández. Julio Luzardo Fortoul — Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez — Tancredo Nannetti—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Juan E. Martínez.

Voté afirmativamente la parte resolutive del fallo precedente.

Respecto de la motiva, observo que, en mi sentir, hubiera bastado expresar que el artículo 121 de la Constitución se halla reemplazado con el 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, y que la misión defensora de la Corte se refiere a aquellos cánones vigentes cuando la guarda de ellos haya de ejercerse. Conceptúo que no era necesario tocar la importante cuestión de si, a pesar de no haberse reproducido literalmente en el segundo artículo la parte del primero que echa menos el fallo, está o no está contenida en él virtualmente.

Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos treinta y tres.

Juan E. Martínez

Corte Suprema de Justicia.

Honorables señores Magistrados:

Se nos ha pasado para el estudio el auto por el cual el señor Magistrado doctor Luzardo se declara impedido para conocer en el presente negocio, con el objeto de que conceptuemos si cuando a juicio de los Magistrados que deben conocer del incidente, la causal alegada no es legal, debe, sin embargo, declararse separado del conocimiento el Magistrado que ha hecho la manifestación.

Dice el artículo 437 del Código Judicial:

“El Juez en quien concurra alguna de las causales expresadas (las del artículo 435), debe manifestarse impedido para conocer del asunto, exponiendo en el auto el hecho o los hechos que la constituyen.”

Ahora bien: si de la exposición de los hechos que hace el Magistrado aparece que el impedimento no existe legalmente, somos de concepto que no puede cumplirse con la segunda parte del artículo expresado, es decir, no puede disponerse que pase el expediente a quien corresponda conocer del asunto.

Si, por ejemplo, el Magistrado declara que está impedido por ser pariente en el quinto grado de consanguinidad con uno de los litigantes, no puede decretarse su separación del conocimiento del negocio, porque, según la ley, la causal está limitada al cuarto grado de parentesco.

Si declara que tiene interés en el pleito por una causa cualquiera, que no tenga relación con tal interés, no es el caso tampoco de declararlo separado del conocimiento del juicio.

El nuevo Código suprimió la tramitación que traía el anterior, sobre calificación del impedimento, pero eso no quiere decir que si la causal manifestada no cuadra con ninguna de las que la ley señala, haya de declararse la separación sin discernimiento alguno.

En el presente caso el señor Magistrado declara que está impedido para conocer de la acusación de la Ley 37 de 1932, sobre deudas particulares, y de los decretos sobre lo mismo, porque se aprovechó de los beneficios que para los deudores otorgaban tales disposiciones, con un arreglo que verificó con un banco acreedor, cuando entraron a regir la ley y los decretos que son materia de la acusación.

La Corte no puede poner, ni pone en duda, los hechos relatados por el señor Magistrado doctor Luzardo Fortoul; pero si, como ellos rezan, verificó en su calidad de deudor un arreglo con el banco acreedor, carece en absoluto de interés, acerca del resultado de la acusación; el fallo, ya sea adverso o favorable a la acusación, es completamente ajeno a sus intereses.

Por tanto, la Corte conceptúa que no es el caso de declarar separado del conocimiento de este negocio al señor Magistrado doctor Julio Luzardo Fortoul. Vuelva el expediente a su mesa para que siga sustanciando el negocio.

Bogotá, 24 de mayo de 1933.

Tancredo Nannetti—Juan E. Martínez—J. J. Hernández.

SALA DE CASACION CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

El señor Salomón Salazar, como apoderado de los señores Tomás y Dominga Salazar, presentó una demanda contra los señores Casimiro Durán, Constanza Berta Durán de Movilla, Mercedes Castro Durán y María Durán de Mercado, ante el señor Juez 1° del Circuito de Sabanalarga, el seis de junio de mil novecientos veintidós.

Más tarde corrigió esa demanda, y del escrito de reforma se toma la parte petitoria (folio 46 del cuaderno 1°), encaminada a obtener estos pronunciamientos:

"Primero. Que Tomás Salazar y Dominga Salazar, como herederos de Ana Clara Durán, en su condición de colaterales legítimos por ser parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad legítima, tienen mejor derecho a suceder a dicha Ana Clara Durán que Casimiro Durán, Constancia Berta Durán de Movilla y María Mercedes Castro Durán, como hermanas naturales las dos primeras y sobrina natural la última de Ana Clara, y por lo mismo Tomás y Dominga excluyen a dichos demandados y tienen derecho preferente a la herencia de la finada Ana Clara Durán, como también excluyen a cualquiera otra persona que tenga el carácter de hermano o sobrino natural de la mencionada causante.

"Segundo. Que María Durán de Mercado no tiene la condición de hija natural de Ana Clara Durán y por lo mismo no tiene derecho a sucederla ab intestato con ese carácter ni con ninguno otro, y de consiguiente Tomás y Dominga Salazar tienen mejor derecho que ella a la herencia de Ana Clara Durán como herederos en su condición de colaterales legítimos."

Los hechos relatados en la demanda son:

"a) Ana Clara Durán murió en esta ciudad el mes de noviembre de mil novecientos veinte.

"b) En ese Juzgado primero del Circuito se halla abierto y radicado el juicio de sucesión intestada de la finada Ana Clara Durán y en ese juicio han sido reconocidos y declarados herederos de Ana Clara Durán el señor Tomás Salazar y la señora Dominga Salazar, en la condición de parientes colaterales legítimos, dentro del cuarto grado de consanguinidad, por auto de fecha diez y ocho de marzo de mil novecientos veintidós.

"c) En ese mismo juicio ha sido declarado heredero de Ana Clara Durán, sin perjuicio de tercero, el señor Casimiro Durán, en su condición de hermano natural de Ana Clara, por auto de fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos veintiuno.

"d) También han sido declaradas herederas de Ana Clara Durán, sin perjuicio de tercero, la señora Constancia Berta Durán de Movilla, por derecho propio, en su condición de hermana natural, y María Mercedes Castro Durán por derecho de representación, en su condición de hija legítima de Isabel Siana Durán, hermana natural de Ana Clara, por auto de fecha catorce de diciembre de mil novecientos veintiuno.

"e) También ha sido declarada heredera de Ana Clara Durán, sin perjuicio de tercero, María Durán, con el carácter de hija natural, por auto de fecha veintidós de noviembre de mil novecientos veintiuno, carácter que no tiene.

"f) Ana Clara Durán se casó legalmente con el señor Dionisio Muñoz, en esta ciudad, el diez y nueve de enero de mil ochocientos sesenta y ocho, y aunque al poco tiempo de casados se abandonaron totalmente, de modo que Muñoz se ausentó de la ciudad y no volvió a saberse de su paradero, continuaron legalmente casados, pues no fueron divorciados en la forma legal.

"g) Afirmando que fue público y notorio en esta ciudad que el doctor Simón Vélez y Ana Clara Durán tuvieron en Cartagena relaciones ilícitas en los años de mil ochocientos ochenta a mil ochocientos ochenta y dos.

"h) En el año de mil ochocientos ochenta y dos nació María Durán habida entre Ana Clara Durán y Simón Vélez, y en ese tiempo no sólo era casada Ana Clara sino también el señor Vélez.

"i) Dionisio Muñoz estaba vivo cuando Ana Clara Durán hubo a María Durán con Simón Vélez.

"f) María Durán nació en el mes de junio de mil ochocientos ochenta y dos en esta ciudad y fue bautizada en la iglesia de esta ciudad en marzo de mil ochocientos ochenta y tres, con el carácter de hija natural de Ana Clara Durán, carácter que no tenía, ni tiene, desde luego que no sólo su madre, sino su padre, cuando tuvieron esa hija, eran casados, ella con distinto hombre y él con distinta mujer.

"k) María Durán, desde su nacimiento hasta el presente, se ha tenido y ha sido considerada como hija de Ana Clara Durán y Simón Vélez.

"l) María Durán se casó en esta ciudad como hija de Simón Vélez y Ana Clara Durán, en el mes de enero de mil novecientos quince, según consta en la respectiva partida de matrimonio.

"ll) María Durán no tiene el carácter de heredera de Ana Clara Durán y de consiguiente no tiene derecho para suceder a ésta.

"m) Ana Clara Durán y Dionisio Muñoz no tuvieron hijos, pues al poco tiempo de casados se abandonaron completamente, y Dionisio Muñoz abandonó la ciudad y no se supo más de su paradero.

"n) Afirmando que del tiempo comprendido del año de mil novecientos doce hasta el año de mil novecientos veinte, en que murió Ana Clara Durán, estando en interdicción judicial por padecer enajenación mental, no hubo descendiente legítimo ni natural de Ana Clara Durán, que hubiera solicitado a la justicia que se le nombrara curador a la mencionada demente."

Los demandados rechazaron la demanda por varios motivos. El representante de Mercedes Castro Durán desconoció el parentesco legítimo de los demandantes con la señora Ana Clara Durán y lo mismo hicieron Casimiro Durán y el representante de Constancia Berta Durán. María Durán de Mercado sostuvo, por conducto de apoderado, que es hija legítima de Ana Clara Durán y alegó la excepción de petición fuera de tiempo, apoyándola en algunos hechos.

El Juez 2° del Circuito de Sabanalarga dictó sentencia el veinte de abril de mil novecientos veintisiete en estos términos:

"Primero. No ha lugar a declarar que los demandantes tienen mejor derecho a la herencia de Ana Clara Durán que los demandados, por no tener aquéllos la calidad de herederos de la de *cujus*; y

"Segundo. Queda a salvo a los demandados el derecho de ocurrir al Poder Judicial para que en juicio contradictorio se decida cuál de ellos tiene la calidad de heredero de Ana Clara Durán."

Apeló la parte demandante, y el Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia de nueve de febrero de mil novecientos veintiocho, decidió lo siguiente:

"1° Niégase la declaración pedida en el primer punto de la demanda; y

"2° Dionisio Muñoz murió sin haber hecho uso de la facultad de impugnar la filiación legítima de María Du-

rán (hoy de Mercado). Por tanto, los demandantes carecen de la acción que han promovido por resultar establecida en los autos la excepción que señala el ordinal 14 del artículo 479 del Código Judicial, alegada por la misma María Durán de Mercado al contestar la demanda."

Interpuso recurso de casación el apoderado de los demandantes y se admite por hallarse en las condiciones legales.

Se tendrá presente la demanda de casación formulada por el apoderado ante la Corte, porque en ella se repiten y metodizan los cargos hechos por el apoderado de instancia ante el Tribunal, al interponer el recurso; y conviene advertir que aquella demanda fue presentada oportunamente, si se tienen en cuenta los días en que el expediente estuvo al despacho del sustanciador y en la Secretaría, según las actuaciones de folios 10 y 11 de este cuaderno.

Se alegan las causales 1ª y 2ª de casación.

En cuanto a la segunda, se dice que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

En primer lugar, se hace notar que el Tribunal en la parte considerativa aceptó que María Durán de Mercado no tiene el carácter de hija natural de Ana Clara Durán, y si no lo tiene no le asiste derecho a sucederla con ese carácter, que es lo que se ha pedido que se declare. "Siendo así, la sentencia del Tribunal no está de acuerdo con la demanda y peca por **ultra petitio**, pues no declaró sobre el punto demandado, o sea, si María podía ser heredera de Ana Clara, en calidad de **hija natural**, sino sobre otro punto no demandado, o sea sobre la calidad de hija legítima de Ana Clara."

Responde la Corte que el Tribunal estimó que María Durán es hija legítima de Ana Clara; pero como el demandante solicitó se declarara que aquella no podía suceder ni como hija natural ni con **ningún otro carácter**, es claro que le negó también la legitimidad; de donde se sigue que el sentenciador no incurrió en exceso al negar la petición solicitada, precisamente por ser la demandada hija legítima, en su concepto; ni esquivó la cuestión planteada en la demanda.

En segundo lugar, se arguye que si el Tribunal entendió declarar probada la excepción de prescripción por no haber los demandantes promovido la acción de ilegitimidad dentro del plazo que señala el artículo 221 del Código Civil, esa declaración sería ilegal porque María Durán sólo alegó la prescripción con relación al presunto padre Dionisio Muñoz y no con relación a terceros y teniendo en cuenta que la prescripción no se puede declarar de oficio. Además, la prescripción respecto del presunto padre peca por el defecto de no aparecer establecido en los autos cuándo supo Muñoz el nacimiento de María Durán, con el fin de contar desde esa fecha los sesenta días.

A esto ha de observarse que la acusación, en los términos en que se aduce, corresponde propiamente a la causal 1ª, porque ella equivale a sostener que la sentencia violó determinados textos legales, bien directamente, o bien por efecto de mala interpretación de algunas pruebas. Sólo establecida dicha causal vendría como consecuencia la 2ª por motivo de exceso. Por lo demás, estos mismos puntos los trata el recurrente al impugnar el fallo por la causal 1ª

Por último, se presenta la siguiente observación, contenida en el memorial de interposición del recurso ante el Tribunal:

"Ninguno de los que integran la parte demandada apeló de la sentencia de primera instancia. Acuso, pues, la sentencia por violatoria del artículo 831 del Código Judicial, disposición ésta de carácter sustantivo. Así lo ha resuelto la Corte Suprema en repetidos fallos. (Véase, entre otros, los números 2304, 3684 y 3747 de la Gaceta de la Corte Suprema, tomo 10)."

No puede ser más laconica esta acusación. Probablemente se significa que el Tribunal no pudo declarar la excepción de prescripción, porque ella no fue declarada en la sentencia de primer grado, de la cual no apelaron los demandados. Al tratar lo referente a la primera causal se verá lo que hay respecto de la prescripción, supuesto que el cargo queda comprendido en ésta y no en la segunda.

El estudio de la causal 1ª debe comenzar por los cargos dirigidos contra el numeral 2º de la parte dispositiva de la sentencia recurrida. El Tribunal reconoció la filiación legítima de María Durán, y si de este punto de vista ha de perdurar en casación, sería inútil examinar las restantes acusaciones, supuesto que ni hermanos naturales ni colaterales legítimos de la causante podrían competir con la hija legítima para los efectos de la herencia, que es intestada.

El autor del recurso formula esta inculpación:

"El ordinal 2º de la parte resolutive de la sentencia viola directamente los artículos 219 y 221 del Código Civil (que en sustancia equivalen al artículo 185 del Código Civil del Estado Soberano de Bolívar), e indirectamente los artículos 217 y 218 del Código Civil (que en sustancia equivalen al artículo 184 del Código Civil del Estado Soberano de Bolívar)."

Esta violación es consecuencia—así se da a entender—del siguiente concepto, que aparece en la parte motiva:

"Nadie, fuera del marido o de los herederos del marido, puede levantar su voz contra la presunción de legitimidad del hijo."

Por el solo hecho de haber muerto el padre sin impugnar la legitimidad de María, no puede declararse que los demandantes carecen de la acción que han promovido, pues a éstos les irroga perjuicio actual la pretendida legitimidad, como que declarada la ilegitimidad, los demandantes serían herederos de la madre.

Es cierto—prosigue el recurrente—que, según el artículo 217 del Código Civil, el marido debe reclamar contra la legitimidad del hijo dentro de los sesenta días contados desde aquél en que tuvo conocimiento del parto; pero ocurre en el caso de esta litis que Dionisio Muñoz, marido de Ana Clara Durán, la abandonó poco después del matrimonio, sin dejar sucesión, y desde entonces, por un lapso de cerca de cincuenta años, siguieron viviendo separados, a gran distancia uno de otro; por tanto, no cabe aquí la presunción de que Muñoz supiera inmediatamente el nacimiento de María (artículo 217, inciso 2º, del Código Civil), ni de que lo supiera en ninguna época, pues el marido no volvió a la residencia de la mujer (artículo 218 *ibidem*), ni se ha demostrado que en ninguna época antes de su muerte, acaecida el diez y seis de julio de mil novecientos veinte, en Corozal, lo

hubiera sabido. "Dos declaraciones aducidas sobre el particular por los demandados, carecen de valor por no concordar en las circunstancias de modo, tiempo y lugar." Si no se ha establecido que Muñoz, cuando murió, supiera el nacimiento de María, las personas actualmente interesadas podían promover el juicio de ilegitimidad dentro de sesenta días desde aquél en que supieron la muerte del padre.

"Síguese de lo dicho que la sentencia es también violatoria de ley sustantiva (artículos 217 a 221 del Código Civil), en su segunda declaración, pues es ilegal declarar que los demandantes carecen de la acción que han promovido tan sólo por el hecho de que el presunto padre de María Durán murió sin haber impugnado su filiación legítima."

Se observa:

Es cierto que el Tribunal reprodujo y prohió el siguiente concepto de un alegato de instancia:

"Nadie, fuera del marido o de los herederos del marido, puede levantar su voz contra la presunción de legitimidad del hijo."

Y en otra parte agregó:

"Para el Tribunal, María Durán de Mercado tiene la condición legal de hija legítima de Dionisio Muñoz y Ana Clara Durán, a la luz de la prueba que encuentra el matrimonio de Ana Clara Durán y Dionisio Muñoz, existente y válido a la fecha en que María Durán nació. Para no aceptarlo así, o en términos más claros, para desechar la presunción legal que hoy existe en favor de la demandada, sería preciso tener a la vista la prueba de la impugnación, que en este proceso no figura."

El concepto prohiado es inadmisibile por sus términos absolutos y violatorio de los artículos 219 y 221 del Código Civil. En efecto: muerto el marido antes de expirar el plazo legal que tiene para impugnar la legitimidad del hijo, podían hacer la impugnación no sólo los herederos de aquél, sino toda persona a quien la pretendida legitimidad irroque perjuicio actual; y aun los ascendientes legítimos del marido, aunque no sean parte en la sucesión de éste tendrán derecho para promover el juicio de ilegitimidad.

Quizás el Tribunal acogió el concepto de que se trata, teniendo en cuenta que María Durán nació en 1882, cuando regía en el Estado de Bolívar el Código Civil de 1862, cuyo artículo 185 decía:

"Si el marido muere antes de transcurrir el plazo que le asigna el artículo anterior (treinta días), los parientes suyos que tengan interés en excluir al hijo de la herencia paterna o de los derechos que da la filiación, podrán intentar la acción que el artículo 181 concede al marido, dentro de treinta días después de que llegue a noticia de ellos cualquier acto ejecutado a nombre del hijo en calidad de heredero; pasado este término no es admisible la acción."

Empero, muerto Dionisio Muñoz el diez y seis de julio de mil novecientos veinte, son aplicables las disposiciones del Código Civil actual. Si bien es cierto que el artículo 20 de la Ley 153 de 1887 establece que el estado civil de las personas, adquirido conforme a las leyes vigentes a la fecha de su constitución, subsiste aunque aquella ley fuere abolida, como no se ha probado que Muñoz hubiera sabido el nacimiento de María Durán estando aún vigente el Código bolivarense citado, y que hubiera dejado pasar el término de treinta días para

incoar el juicio de desconocimiento, no se puede negar en principio que al entrar a regir el actual Código adoptado para la Nación por la Ley 57 del mentado año de mil ochocientos ochenta y siete, le era dable al expresado Muñoz promover la impugnación en el término de sesenta días, a partir de aquel en que tuvo conocimiento del parto, y que, por muerte de él, el derecho pasaba a sus herederos y, en general, a los actualmente perjudicados por la pretendida legitimidad de la señora Durán de Mercado. En este caso querría decir que no estaba consolidado en la Durán el estado de hija legítima cuando comenzó a imperar el Código Civil Nacional. La propia observación ocurre respecto del tránsito del Código bolivarense de 1862 al que, expedido en 1883, comenzó a regir en el mismo Estado el primero de enero de mil ochocientos ochenta y cinco. (Este Código traía sobre la materia disposiciones iguales a las del Código Nacional).

Por consiguiente, es violatorio de la ley—se repite—el haber considerado el sentenciador que por el solo hecho de haber muerto Muñoz sin impugnar la legitimidad de María Durán, ya ésta no podía ser impugnada por actuales perjudicados, aunque no sean herederos de aquel señor. Y que los demandantes son perjudicados actuales, resulta innegable, porque a fuer de colaterales legítimos dentro del cuarto grado de consanguinidad de la señora Ana Clara Durán y desechados los parientes naturales de ésta, serían aquéllos los llamados a recoger la herencia.

Este sería motivo suficiente para casar la sentencia, si no fuera porque ella encuentra apoyo en otros fundamentos, según el artículo 12, inciso final, de la Ley 90 de 1920.

Si el marido muere después de vencido el término de sesenta días para impugnar la legitimidad, no pueden hacer eso ni sus herederos ni los actuales perjudicados (artículo 219), y el término se le cuenta al marido desde que tuvo conocimiento del parto. La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo, hace presumir que lo supo inmediatamente, a no ser que por parte de la mujer haya habido ocultación del parto; y si al tiempo de ese nacimiento se hallaba ausente el marido, se presume que lo supo inmediatamente después de vuelto a la residencia de la mujer (artículo 218). Si el marido nunca regresa a la residencia mencionada, aunque la ley no lo dice, el plazo o término de que se trata sólo comienza desde que supo el nacimiento del hijo de su mujer.

Durante la primera instancia declaró Pablo Romo que había tenido negocios con Dionisio Muñoz, respecto de unas hamacas en Calamar, en mil novecientos doce, que Muñoz le habló de su mujer Ana Clara Durán, de su separación de ella y de una hija de los dos y que ese señor le manifestó su pena por el estado en que se hallaba Ana Clara y por las manifestaciones que hacía respecto a su hija. Repreguntado, no infirmó su exposición (folio 81 del cuaderno número 2).

Brígido Manjarrés depone que en mil novecientos doce vio en Cartagena a Dionisio Muñoz, quien le habló de su mujer Ana Clara Durán y "de su hija con ella," mas no de su separación. Repreguntado, se sostuvo en que conoció a Muñoz en Cartagena en el año susodicho (folio 81 vuelto del propio cuaderno).

Estas declaraciones rendidas ante el Juez del Circuito de San Juan de Córdoba, como comisionado del Juez de la causa, llevan la fecha del veinticuatro de septiembre de mil novecientos veinticuatro, por lo cual se ha dicho

por la parte demandante que no pueden tenerse en cuenta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 550, inciso 2°, del Código Judicial, porque el auto de citación para sentencia se profirió el veinticuatro de abril del mismo año y se notificó por edicto desfilado el veintiséis. Empero, adviértase que el artículo 550 no regía cuando las declaraciones se tomaron; sino que estaba en vigor la Ley 103 de 1923, cuyo artículo 585 establecía que las pruebas pedidas en tiempo y practicadas debían agregarse al proceso para ser tenidas en cuenta en el fallo, y si ya se hubiera fallado, también debían agregarse para ser apreciadas en otra instancia.

Sin embargo, las declaraciones referidas no pueden estimarse como pruebas, porque practicadas ante Juez comisionado, el de la causa debió dar traslado de ellas por dos días, según el artículo 586 de la citada Ley 103, con el fin de que fuera dable redargüirlas de apócrifas, y así no se hizo. El exhorto fue devuelto al Juzgado de Sabanalarga en octubre de mil novecientos veinticuatro, cuando todavía regía la Ley 103. A las declaraciones les faltó, pues, un requisito legal para su perfección.

Como ellas fueron traídas para acreditar indicialmente que Muñoz había sabido por lo menos en mil novecientos doce la existencia de la hija de su mujer y que, por tanto, cuando murió ya había pasado para él el término de los sesenta días de la impugnación, es forzoso concluir que faltó la prueba de esto.

Se ha afirmado que los demandantes Tomás y Domingo Salazar dentro de los sesenta días de haber sabido el fallecimiento de Muñoz en Corozal promovieron el actual litigio y que semejante afirmación ha debido destruirla la parte opuesta con pruebas en contrario, si no se conformaba con ella.

Empero, la Corte estima que a los demandantes incumbía acreditar todas las condiciones legales para la viabilidad de la acción, entre ellas el que la habían iniciado dentro de los sesenta días siguientes a aquel en que supieron la muerte de Muñoz. El haber sabido un fallecimiento en determinada época es un hecho positivo, susceptible de prueba por quien lo enuncia; y como aquí lo afirman los demandantes, como condición precisa para que proceda la acción, de su deber era probarlo, lo que en verdad no hicieron.

De otro lado, si, como lo sostiene la casación francesa, los Jueces tienen un poder soberano para apreciar, tratándose de la acción de desconocimiento, cuando le comenzó a correr al marido el plazo por haber sabido el nacimiento del supuesto hijo, en el proceso que se estudia existen datos para concluir que los demandantes supieron la muerte del señor Muñoz más de sesenta días antes de la incoación de la demanda. En efecto, ellos sólo vinieron a ser interesados a la muerte de Ana Clara Durán, acaecida en Sabanalarga el veintiuno de noviembre de mil novecientos veinte. Se hicieron declarar herederos de ésta el diez y ocho de marzo de mil novecientos veintidós, para lo cual era forzoso que supieran la defunción de Muñoz, supuesto que estando vivo el marido, no podían pretender derechos a la herencia. (artículo 1048 del Código Civil) y presentaron la demanda el seis de junio de mil novecientos veintidós, o sea más de sesenta días después de la declaración sumaria de herederos, que implicaba legalmente el conocimiento de la muerte de Dionisio Muñoz.

De aquí se deduce que, ejercitada la acción cuando ya estaba caducada por el transcurso del lapso legal para su

instauración, no es dable casar la sentencia con el fin de reconocer aquella acción. No se trata propiamente de un caso de prescripción. Estatuye la parte final del ya citado artículo 12 de la Ley 90 de 1920, que no ha de invalidarse el fallo del Tribunal si la Corte llega a las mismas conclusiones del inferior por razones diferentes, las cuales debe expresar en el cuerpo de la sentencia.

Para concluir y volviendo a la objeción que se hace con fundamento en el artículo 831 del Código Judicial, obsérvese que la sentencia de primera instancia, en su numeral 1°, resolvió respecto de todos los demandados, negando, con relación a ellos, el mejor derecho de los demandantes. Los demandados, en rigor, no tenían por qué apelar. La sentencia de segunda instancia falló separadamente las dos peticiones de la demanda, y en lo tocante a la segunda, negó el mejor derecho demandado por haber muerto Muñoz sin impugnar la legitimidad de María Durán. Puede haber impropiedad en la forma usada por el Tribunal; pero en el fondo no existe oposición entre las sentencias de instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Juan E. Martínez—El Conjuez, Alberto Portocarrero—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

Ante el Juez 2° del Circuito de Cartagena, Petrona Zapata, con el consentimiento de su esposo Nicolás G. Vélez, y hablando en nombre de la sucesión de Manuel Zapata G., promovió demanda contra la sociedad comercial que gira en Cartagena bajo la razón social de Bartolomé Martínez Bossio & Compañía, para que se le condene a pagar a la sucesión antes citada, la suma de treinta y tres mil novecientos sesenta y cuatro pesos (\$33,964) oro legal, o la que resulte deber, en concepto de frutos civiles percibidos mientras estuvieron en poder de esa casa comercial los bienes referidos en los hechos fundamentales de esta demanda, o sea en los meses correspondientes a los años de mil novecientos diez, inclusive, hasta agosto, inclusive, de mil novecientos veinticuatro, o en concepto de frutos civiles que la sucesión demandante hubiera podido percibir, si esos mismos bienes hubieran estado en su poder en el mismo tiempo aludido, más los intereses de todas y cada una de las sumas mensuales, a medida que iba transcurriendo cada un mes, desde el fin de cada uno de éstos hasta el día en que el pago se verificase.

La demandante enunció como hechos fundamentales los siguientes:

“Primero. El señor Manuel Zapata G. murió en esta ciudad el día veintisiete de marzo del año de mil novecientos nueve.

"Segundo. Por sentencia del Juzgado de este Circuito, de diez y seis de junio de mil novecientos veinticuatro, se declaró que desde el día de la muerte del señor Manuel Zapata G. se me defirió su herencia, teniendo, por consiguiente, derecho a heredarlo en mi carácter de hija legítima, y adquiriendo por ello la representación de la sucesión del finado mencionado.

"Tercero. Por sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, que está ya ejecutoriada y debidamente registrada, se condenó a la sociedad comercial domiciliada en esta ciudad, que gira bajo la razón social de Bartolomé Martínez Bossio & Compañía, a restituir a la sucesión de Manuel Zapata G. los bienes que fueron especificados en el libelo de demanda, que dio motivo a la sentencia aludida, junto con sus frutos civiles percibidos o que hubieran podido percibirse con mediana inteligencia y actividad, desde que la expresada Sociedad tiene dichos bienes, hasta que verifique la restitución.

"Cuarto. Los bienes especificados en la demanda fueron los siguientes: una casa alta, de piedra, madera y tejas, con aljibe, situada en esta ciudad, en la Calle de San Antonio, barrio de Getsemani, alinderada como sigue: por su frente, calle en medio, con casa que era del señor Dionisio Olascoaga y luego pasó a ser de sus herederos; por su derecha, entrando, con casa que era del señor José Araque, y es ahora del señor Bartolomé Martínez Bossio; por su izquierda, con casa que era de Dionisio Olascoaga, y es ahora de la señora Petrona M. viuda de Avila; y por el fondo, con solares que dan a la calle de San Juan, que Antonio María Ripoll vendió al finado Manuel Zapata G., y con la misma Calle de San Juan. Siete solares situados también en esta ciudad, en la Calle de San Juan, barrio de Getsemani, los cuales forman uno solo, y tienen los siguientes linderos: por el frente, con solares de la señora Josefa González de Porto, hoy de sus herederos, estando por medio la Calle de San Juan; por la derecha del primero, entrando, con patio de la casa anteriormente descrita, comprada por el finado Zapata a Antonio María Ripoll; por la izquierda del último solar, con casa y solar que era de Manuela Ortega, y es ahora de Nemesia Acosta; y por el fondo, la misma casa anteriormente descrita. Seis accesorias que dan a la Calle de San Juan, construidas en seis de los solares acabados de determinar, comenzando a contar los seis desde el lindero con Manuela Ortega. Estas accesorias son de paredes de material y techo de cinc. Cuatro accesorias de material y techo de tejas, situadas en la Calle de San Juan, barrio de Getsemani, de esta ciudad, alinderadas así: por el frente, Calle de San Juan de por medio, con casa que era del señor Félix Malo, y es ahora de Betsabé Caraballo O.; por un lado, con casa que hace esquina de altillo, de la señora Leandra Angarita, y que es ahora del señor Miguel González; por otro lado, con casa que da a la Calle Larga, de propiedad en un tiempo del señor José Terán, y es ahora de Antonieta Blanco; por el otro lado, con patio de la casa alta que da a la Calle de San Antonio, que está determinada en primer lugar. Una casa de ladrillo, madera y tejas, situada en esta ciudad, en la Calle de San Juan, haciendo esquina con la Calle de la Sierpe, en la parte que da a la Plaza de la Trinidad, barrio de Getsemani, alinderada como sigue: por la derecha, entrando, con casa que era de Micaela Angulo y es hoy del señor Federico Orozco C.; por la izquierda, Calle de la Sierpe de por medio, con corralón de la señora Martina Conde; por el frente, Calle de San Juan, de por medio, con solar de la señora

Espíritu Santos Ramos, y por el fondo, casa que era de la señora Micaela Guerrero, y pasó a ser después de sus herederos.

"Quinto. El día veintisiete de agosto próximo pasado, los señores Bartolomé Martínez Bossio & Compañía entregaron, después de muchas dilaciones, los bienes ordenados restituir; entrega que hizo a la sucesión del señor Manuel Zapata G. el señor Juez 2º del Circuito, que fue el del conocimiento del negocio en primera instancia.

"Sexto. Hasta el momento de iniciarse la demanda (veintinueve de agosto de mil novecientos diez y nueve), que dio lugar a la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, que decretó la restitución, los bienes, salvo el deterioro imputable a los detentadores, permanecieron tal como estaban el mismo día en que los demandados entraron en posesión de ellos.

"Séptimo. Los señores Bartolomé Martínez Bossio & Compañía, mucho después de haberse iniciado la demanda a que se refiere el punto anterior, sin consentimiento de la contraparte y sin la venia del Juez que conocía del litigio, llevaron a cabo sobre el mismo terreno de la sucesión, comprendido dentro de los linderos arriba determinados en el punto cuarto, las siguientes modificaciones: las seis accesorias juntas fueron convertidas en nueve sobre el mismo terreno; el patio de la casa del balcón, ubicada en la Calle de San Antonio, patio que da a la Calle de San Juan, fue convertido en tres accesorias.

"Octavo. De conformidad con las disposiciones de 'Prestaciones mutuas,' y considerando que esas accesorias se construyeron sobre terreno de la sucesión demandante, la entrega a que me he referido, y que se llevó a efecto el veintisiete de agosto próximo pasado, comprendió cuatro accesorias que no fueron modificadas, doce que sí lo fueron, la finca de la esquina de la Calle de la Sierpe y la casa de balcón que da a la Calle de San Antonio.

"Noveno. Los demandados señores Bartolomé Martínez Bossio & Compañía afirmaron, por ser verdad, que ellos estaban en posesión de los bienes mencionados en el punto cuarto, desde el año de mil novecientos diez; y esa afirmación la hicieron al contestar la demanda que dio lugar a la sentencia de casación aludida, muy especialmente al responder el duodécimo hecho de los fundamentales de la misma demanda, cuya redacción es como sigue:

'Que por motivo del remate a que me he venido refiriendo en los puntos anteriores, verificado en el juicio ejecutivo a que he hecho alusión, los señores Bartolomé Martínez Bossio & Compañía están en posesión, desde mil novecientos diez, de los bienes raíces expresados en la parte petitoria de esta demanda, y perciben desde esa misma época los frutos civiles de dichos bienes.'

"Décimo. Al contestar afirmativamente el punto duodécimo referido, aseguraron, por ser también verdad, que ellos estaban percibiendo desde el año de mil novecientos diez, los frutos civiles de los bienes tantas veces aludidos.

"Undécimo. Los demandados continuaron percibiendo los frutos civiles de esos bienes después de la contestación de la demanda mencionada, hasta el día veintisiete de agosto próximo pasado, en que, como he dicho, se verificó la entrega a la sucesión de Manuel Zapata G.

"Duodécimo. Las modificaciones a que me he referido, es decir, las mencionadas en el punto séptimo de esta

demanda, las llevaron a cabo a mediados del año de mil novecientos veintidós.

"Décimotercio. Los demandados, durante todo el tiempo que tuvieron los bienes en su poder, fijaban en la forma que a bien lo tuvieran los cánones de arrendamiento.

"Décimo cuarto. Los bienes especificados produjeron en poder de los demandados, o hubieran podido producir en poder de la sucesión de Manuel Zapata G., con una administración medianamente inteligente y activa, por los arrendamientos, las siguientes cantidades de dinero, estimadas lo más mínimamente posible:

"En sesenta meses, correspondientes a los años de 1910, 1911, 1912, 1913 y 1914, a razón de ciento cuarenta y dos pesos cada mes. \$ 8,520 ..

"En cuarenta y ocho meses, correspondientes a los años de 1915, 1916, 1917 y 1918, a razón de ciento setenta y nueve pesos cada mes. 8,592 ..

"En cuarenta y dos meses, correspondientes a los años de 1919, 1920, 1921 y primera mitad de 1922, a razón de doscientos diez y ocho pesos cada mes. 9,156 ..

"En veintiséis meses, correspondientes a la segunda mitad del año de 1922, en que se hicieron las modificaciones a que se refiere esta demanda, 1923 y dos terceras partes del año de 1924, a razón de doscientos noventa y seis pesos cada un mes. 7,696 ..

"Lo que da un total de. \$ 33,964 ..

"Décimoquinto. Esta suma aumentará necesariamente, si se la estima debidamente, y no en la forma en que se la ha considerado, en que todas las partidas tienen una base mínima.

"Décimosexto. La no entrega de cada una de esas partidas mensuales, colocó a los demandados en mora, y deben pagar por ello intereses legales, no sólo desde la notificación de la sentencia o la de la demanda, sino desde el momento de la percepción o desde que se terminaba cada un mes, y los demandados impedían a la sucesión de Manuel Zapata G. percibir ella directamente los frutos de sus bienes."

Como fundamentos de derecho alegó la demandante las disposiciones de los artículos 964 y 1626 y concordantes del Código Civil.

Los demandados se opusieron a que se hagan las declaraciones pedidas en la forma en que lo están. Aceptaron algunos de los hechos de la demanda y negaron los demás. En la misma contestación propusieron estas excepciones:

Primera. La temporal, consistente en no ser, respecto de Petrona Zapata de Vélez, que es quien demanda, exigibles ninguna de las obligaciones que exigen de la parte demandada. Se enumeran los hechos en que se funda.

Segunda. La temporal de petición^o antes de tiempo, es decir, prematuramente, y se indica el hecho en que se apoya; y

Tercera. La excepción perpetua de improcedencia de la acción entablada, con el objeto en que se funda.

El Juez falló así:

"..... Primero. Decláranse infundadas las excepciones usadas en la contestación de la demanda.

"Segundo. Condénase a la sociedad comercial Bartolomé Martínez Bossio & Compañía, de este comercio y vecindad, a pagar a la sucesión del finado señor Manuel Zapata G., dentro de seis días de notificada esta sentencia, la suma de veintiséis mil seiscientos sesenta y dos pesos con veinte centavos (\$ 26,662-20) oro legal, que es la cantidad a que asciende según estimación pericial, el monto de los frutos civiles de los bienes especificados en el fallo que se ejecuta, y que pudieron percibirse con mediana inteligencia y actividad por la sucesión demandante durante el tiempo que la firma demandada tuvo los bienes en su poder, esto es, desde el año de mil novecientos diez inclusive, hasta el veintisiete de agosto de mil novecientos veinticuatro.

"Tercero. No ha lugar a la condenación de intereses legales.

"Cuarto. Condénase en costas a la razón social demandada....."

En virtud de apelación interpuesta por ambas partes, el Tribunal falló así en sentencia de doce de marzo de mil novecientos treinta:

"Condénase a la sociedad comercial Bartolomé Martínez Bossio & Compañía, de este comercio y vecindad, a pagar a la sucesión del finado Manuel Zapata G., dentro de seis días de notificado este fallo, la cantidad de diez mil trescientos cuatro pesos con treinta centavos oro legal (\$ 10,304-30), que es el valor a que asciende, según estimación pericial, el monto de los frutos civiles de los bienes especificados en la sentencia de la Corte, y que pudieron percibirse por los demandados Bartolomé Martínez Bossio & Compañía, durante el tiempo que esos bienes estuvieron en su poder, o sea desde los últimos diez días del mes de febrero de mil novecientos diez (1910) hasta el veintisiete de agosto de mil novecientos veinticuatro (1924).

"Queda en estos términos reformada la sentencia recurrida por las partes, y se confirma en todo lo demás. No hay lugar a condenar en costas en esta instancia."

Tanto el apoderado de la parte actora como el representante de la Compañía demandada, interpusieron recurso de casación, que la Corte pasa a decidir por ser admisible. Se alegaron las causales primera y segunda de las enumeradas en el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, por violación de la ley sustantiva, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Para cada causal se invocaron varios motivos.

Recurso de la parte demandada:

Causal segunda.

Dice el recurrente que el demandado, al contestar la demanda, alegó tres excepciones: la temporal, consistente en no ser Petrona Zapata de Vélez la persona que podría exigir el cumplimiento de la obligación que se pretendía imponer a Bartolomé Martínez Bossio & Compañía; la temporal de petición antes de tiempo, y la perpetua de improcedencia de la acción entablada. Que el Tribunal, en su fallo, menciona dichas excepciones, y anota que fueron estudiadas por el Juez de primera instancia, pero que concluyó la parte resolutive de la sentencia sin fallar dichas excepciones. Que, además, el artículo 51 de la Ley 105 de 1890. ordena que cuando se haya justificado un hecho que constituye excepción, el Juez debe reconocerlo, y el artículo 483 del Código Judicial manda decidir las excepciones perentorias en la sentencia definitiva. Que al no haberlas decidido en este caso el Tribunal, violó tales disposiciones.

Se considera:

Ha sido principio aceptado repetidas veces por la Corte, el de que hay fallo implícito de las excepciones que se alegan en la oportunidad legal, cuando se estudian en la parte motiva del fallo, aunque no se diga nada en la parte resolutive.

Tal es lo que ocurre en este caso, porque el Tribunal acogió el estudio que el Juez hizo de las excepciones propuestas por el demandado, en la parte motiva de su sentencia: luego aunque no hay decisión expresa en la parte resolutive de la sentencia del Tribunal respecto a las excepciones opuestas por la Compañía demandada, no puede decirse que dejaron de ser falladas.

También tiene resuelto la Corte que no hay deficiencia en el fallo, ni por ende violación del artículo 51 de la Ley 105 de 1890, cuando el Tribunal deja de resolver sobre excepciones que no se han opuesto en la oportunidad legal, aunque aparezcan probadas en los autos. No es, pues, fundada la causal que se considera.

Apoyado en los mismos motivos el representante de los demandados ataca la sentencia, invocando la causal primera; pero ella no es procedente cuando se alega incongruencia por defecto en el fallo, sino por segunda causal.

Causal segunda

alegada por el apoderado del demandante. Primer motivo:

El apoderado de la parte demandante ante el Tribunal, al interponer el recurso, dice que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, tanto porque se resolvió sobre puntos que no fueron objeto de la controversia, como porque dejó de resolverse uno que lo ha sido. Desarrolla este cargo así:

"En la demanda se dijo:

'Por lo dicho, propongo formal demanda ordinaria a nombre de la sucesión de mi finado padre señor Manuel Zapata G.,..., contra la sociedad comercial Bartolomé Martínez Bossio & Compañía, de este comercio y vecindad, para que, previa la tramitación de rigor, sea condenada a pagar a la sucesión de mi finado padre, que represento, la suma de treinta y tres mil novecientos sesenta y cuatro pesos (\$ 33,964) oro legal, o la que resulte, en concepto de frutos civiles percibidos mientras estuvieron en poder de esa casa comercial los bienes referidos en los hechos fundamentales de esta demanda, o sea en los meses correspondientes a los años de mil novecientos diez, inclusive, hasta agosto, inclusive, del año de mil novecientos veinticuatro, o en concepto de frutos civiles que la sucesión demandante hubiera podido percibir si estos mismos bienes hubieran estado en su poder en el mismo tiempo aludido, más los intereses de todas y cada una de las sumas mensuales, a medida que iba transcurriendo cada un mes, desde el fin de cada uno de éstos hasta el día en que el pago se verifique.'

"La sentencia del Tribunal—continúa el recurrente—condenó a los señores demandados a pagar la suma de diez mil trescientos cuatro pesos con treinta centavos (\$ 10,304-30) oro legal. Esta suma proviene del dictamen de los peritos Bielsa y Lecompté. Ambos peritajes explican suficientemente que tomaron en cuenta el producto de los bienes en manos de los señores demandados, no tanto porque así lo expresa Bielsa al comienzo de su exposición, como porque se basaron en los diez elementos a que los sometió el peticionario de la prueba.

El mismo Tribunal sostiene esto, desde luego que dice que los dictámenes no son contradictorios, pues que uno se refiere a lo que hubieran podido producir los bienes en poder de la sucesión Zapata (dictamen de primera instancia), y el otro (el de segunda instancia), a lo que hubieran podido producir en poder de la casa comercial demandada.

"Pero en ninguno de los puntos de la demanda se solicita lo que el Tribunal ha resuelto. De la parte petitoria resulta—continúa el recurrente—que se pidió el pago de la suma fija de treinta y tres mil novecientos sesenta y cuatro pesos, o lo que hubiera resultado deberse en concepto de frutos civiles percibidos; o la que por la sucesión demandante hubiera podido percibirse, estando los bienes en su poder, y no la que el demandado hubiera podido percibir, que es lo resuelto por el Tribunal. Es, pues, en este concepto como estamos—dice el recurrente—en presencia de la causal segunda: no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de las partes, por haber resuelto sobre cuestiones diversas a las controvertidas."

Se considera:

El cargo no es fundado, porque el Tribunal, si bien erró en cuanto al alcance de la condenación contenida en el fallo de la Corte, que se trata de cumplir, siempre condenó en los frutos que, a su juicio, había reconocido dicho fallo. El error no es materia de la causal segunda, sino de la primera, que se pasa a estudiar.

En la demanda de casación tiene esta causal dos extremos:

1º Violación de los artículos 1626 y 1627 del Código Civil.

Al interponer el recurso el apoderado de los demandantes, alegó que el Tribunal incurrió en error evidente de hecho al apreciar el alcance del fallo de la Corte, transcrito en lo pertinente en otra parte de esta sentencia, en cuanto el Tribunal entendió que la Corte no condenó allí a la Compañía de Bartolomé Martínez Bossio & Compañía a restituir los frutos civiles que hubiera podido percibir la sucesión de Manuel Zapata G. con mediana inteligencia y actividad, teniendo ella en su poder los bienes mandados restituir, que fue lo pedido por los actores en el punto segundo de su demanda, sino que tal fallo comprende únicamente los frutos civiles percibidos por la Compañía citada, o los que ésta hubiera podido percibir durante el tiempo que tuvo en su poder los bienes. Dice el recurrente que este concepto del Tribunal es erróneo, porque la Corte en su fallo se refiere a lo que establece el artículo 964 del Código Civil, al tenor del cual el poseedor de mala fe vencido está obligado a restituir, no solamente los frutos civiles percibidos, sino los que hubieran podido percibirse; lo que implica—dice el recurrente—que aquel fallo comprende unos y otros frutos, y que, por consiguiente, al condenar el Tribunal a la Compañía demandada en forma distinta, o sea al pago de los frutos que hubiera podido percibir dicha Compañía, incurrió en error de hecho evidente, y por él violó las disposiciones citadas, porque ellas establecen que el pago es la prestación de lo que se debe, y ha de hacerse bajo todos respectos, de conformidad con la obligación, que es en este caso lo que resulta del fallo de la Corte.

Se considera:

El cargo es fundado: el fallo de la Corte comprende tanto los frutos civiles percibidos por los demandados, teniendo la cosa en su poder, como los que la sucesión

demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, por estos motivos: porque, como lo sostiene el recurrente, el fallo se refiere al caso contemplado en el numeral 1° del artículo 964 del Código Civil, puesto que manda pagar los frutos, no desde la contestación de la demanda, sino desde que los demandados hubieran estado en posesión de los bienes. Y si, como es claro, a esa disposición se refiere la Corte en el fallo que se trata de cumplir, la condenación es resultado de una sanción legal, no de la declaración del juzgador. Por consiguiente, la condenación sobre frutos hecha por la Corte, si bien en términos laconicos, comprende unos y otros frutos.

2° Porque al decir la Corte que debían pagarse por la Compañía demandada "los frutos percibidos o los que hubieran podido percibirse," ha de entenderse que, respecto de los primeros, son los percibidos por la Compañía demandada, y en cuanto a los segundos, son los que hubieran podido percibirse por la sucesión demandante, puesto que la disposición anteriormente citada dice claramente: "los que el dueño (subraya la Corte) hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder." Luego al no reconocer el Tribunal estos últimos frutos, incurrió en error de hecho evidente en la estimación del título de la obligación, que manda pagar una cantidad que puede ser mayor por razón de frutos (de los declarados en el fallo base de ella), y por consiguiente el Tribunal violó los artículos 1626 y 1627 del Código Civil, citados por el recurrente, lo que da lugar a la casación del fallo en parte, o sea en lo relativo a los frutos demandados, pues en lo tocante a los intereses que él niega, no ha sido materia de acusación. No hay necesidad de considerar los otros motivos de casación.

Para resolver en instancia, se considera:

En la demanda que la señora Petrona Zapata de Vélez promovió en nombre de la sucesión de Manuel Zapata G., se pidió, con fundamento en el fallo de la Corte y como frutos civiles de los bienes que allí se mandaron entregar, la suma de treinta y tres mil novecientos sesenta y cuatro pesos oro legal; en subsidio, la cantidad que por medio de peritos se determinara como frutos civiles percibidos por la Compañía demandada mientras tuvo los bienes en su poder; y en subsidio también, la cantidad que se determinara en la misma forma como frutos civiles que la sucesión demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad si ella hubiera tenido los bienes en su poder, desde el año de mil novecientos diez, inclusive, hasta el veintisiete de agosto de mil novecientos veinticuatro. De estas tres clases de frutos sólo se comprobaron en este juicio los pedidos en último término. Como ya se dijo, estos frutos los debe la Compañía demandada, porque están comprendidos en el fallo de la Corte. Para hacer la condenación en instancia de esta clase de frutos, sólo hay en los autos el dictamen de los peritos de primera instancia. A esta prueba, que se perfeccionó en su forma, y a los demás datos que arroje el proceso, debe concretarse el estudio de la Corte para determinar la cuantía de aquellos frutos, sin perjuicio de la facultad que da la ley para apreciar dicho dictamen.

Pero antes de hacerse ese estudio debe considerarse lo relativo a la personería de la parte demandante.

La parte demandada la ha objetado, porque dice que la señora Zapata de Vélez no puede demandar para la sucesión de su padre Manuel Zapata G., y que aunque

puddiera hacerlo, el título que ha presentado está desprovisto de valor legal y no hace fe en juicio.

El título a que esta alegación se refiere es la copia que la demandante acompañó, al iniciar su acción, de la providencia del Juez del Circuito de Cartagena, fechada el diez y seis de junio de mil novecientos veinticuatro, en que declaró a Petrona Zapata de Vélez heredera de Manuel Zapata G., en condición de hija legitimada. El apoderado de los demandados dice que, siendo tal providencia una sentencia definitiva, que está sujeta a registro conforme al numeral 2° del artículo 2652 del Código Civil, y no habiéndose registrado antes de promoverse la demanda, no hace fe en juicio, al tenor del artículo 2673 de la misma obra.

A esto observa la Corte que la providencia en que se hizo el reconocimiento de heredera de Petrona Zapata no es sentencia definitiva sino interlocutoria, que no está sujeta a registro para que haga fe en juicio, porque puede ser revisada en juicio ordinario. El artículo 2652 del Código Civil se refiere únicamente a las sentencias definitivas ejecutoriadas, que son las que hacen tránsito a cosa juzgada y no pueden ser revisadas posteriormente. Ahora, habiendo sido reconocida Petrona Zapata de Vélez, a petición suya, como heredera de Manuel Zapata G., aceptó la herencia de éste, y por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1297 del Código Civil, adquirió facultades de curadora de bienes de la misma herencia, entre las cuales está la de cobrar los créditos a favor de ésta, al tenor de lo que establece el artículo 575 del Código Civil. No es, pues, fundada la alegación de que la demandante carece de personería para demandar en este juicio.

Volviendo a la cuestión de los frutos demandados en tercer lugar, se tiene:

Los peritos de la primera instancia estimaron en veintinueve mil seiscientos veinticuatro pesos y sesenta y seis centavos (\$ 29,624-66) los frutos que la sucesión demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo los bienes en su poder, en el tiempo indicado en la demanda, y dedujeron como mermas únicamente la cantidad de dos mil novecientos sesenta y dos pesos cuarenta y seis centavos (\$ 2,962-46) por cobro de arrendamientos que hubiera tenido que pagar la Compañía demandada; pero no hicieron otras deducciones que gravaron también esos mismos frutos, aun estando los bienes en poder de la sucesión demandante, deducciones o gravámenes que sí tuvieron en cuenta los peritos de la segunda instancia; y aun cuando su dictamen no es en lo demás pertinente, en ese punto y por dicha razón, sí lo toma en cuenta la Corte. Tales mermas ascienden, desde el año de mil novecientos diez, inclusive, en que, conforme a las pruebas del proceso, tuvo la Compañía demandada los bienes en su poder, hasta el veintisiete de agosto de mil novecientos veinticuatro, a la suma de tres mil quinientos setenta y seis pesos veintitrés centavos (\$ 3,576-23).

Por otra parte, los peritos de la primera instancia calcularon en veintinueve mil seiscientos veinticuatro pesos sesenta y seis centavos (\$ 29,642-66) el valor de los frutos, computando sobre el producido de mil novecientos diez hasta mil novecientos quince, un aumento de más del cincuenta por ciento (50 por 100); de un ciento por ciento (100 por 100), de mil novecientos diez y nueve hasta la segunda mitad del año de mil novecientos veintidós, y de más de un ciento ochenta por ciento (180 por 100), desde este último tiempo hasta agosto, inclusive, de mil novecientos veinticuatro, lo cual se ve comparan-

do las sumas de un mil doscientos veinticuatro (1,224), dos mil cuatrocientos cuarenta y ocho (2,448) y tres mil quinientos cuatro (3,504), que trae el dictamen, respectivamente. Hicieron esto los expresados peritos, considerando que habia aumentado en las épocas correspondientes el producido de las fincas que debía restituir la Compañía demandada, según el fallo de la Corte. Pero tal consideración no aparece respaldada con pruebas en el expediente. Al contrario, los testigos señores Diego Martínez R. y Vicente Arango T., que declararon en segunda instancia (folios 114 a 117 del cuaderno número 4), dicen que en los años anteriores a mil novecientos diez y nueve, y hasta mil novecientos diez, fue muy bajo el precio de los arrendamientos en Cartagena, y que sólo se notó un aumento de ellos desde el año de mil novecientos diez y nueve. Por esta razón la Corte, en uso de la facultad que le da el artículo 79 de la Ley 105 de 1890, estima que sólo debe computarse el aumento de más del cincuenta por ciento (50 por 100) que trae el dictamen, desde el año de mil novecientos diez y nueve hasta agosto, inclusive, de mil novecientos veinticuatro. Haciendo esta reducción, que es la diferencia entre veintinueve mil seiscientos veinticuatro pesos con sesenta y seis centavos (\$ 29,624-66), que saca el dictamen, y veintún mil cuatrocientos cincuenta y siete pesos veinte centavos (\$ 21,457-20), a que asciende la estimación de la Corte, da ocho mil ciento sesenta y siete pesos cuarenta y seis centavos (\$ 8,167-46). Sumada esta cantidad con la de dos mil novecientos sesenta y dos pesos cuarenta y seis centavos (\$ 2,962-46) que dedujeron los peritos de la primera instancia por cobro de arrendamientos, y con la cantidad de tres mil quinientos setenta y seis pesos veintitrés centavos (\$ 3,576-23) por resto de mermas deducidas por los peritos de la segunda instancia, arroja un total definitivo, por mermas, de catorce mil setecientos seis pesos quince centavos (\$ 14,706-15), que restados de veintinueve mil seiscientos veinticuatro pesos sesenta y seis centavos (\$ 29,624-66), da un excedente de catorce mil novecientos diez y ocho pesos cincuenta y un centavos (\$ 14,918-51). En esta cantidad estima la Corte el valor de los frutos civiles que hubiera podido percibir la sucesión demandante, con mediana inteligencia y actividad, teniendo ella en su poder las fincas mandadas restituir, a contar desde el año de mil novecientos diez, inclusive, hasta el veintisiete de agosto de mil novecientos veinticuatro.

Procede ahora a considerar las otras excepciones alegadas por los demandados.

Su apoderado opuso la excepción de petición antes de tiempo, fundada en el hecho de que siendo la obligación de pagar los frutos de que habla el fallo de la Corte, una consecuencia de la nulidad de un juicio ejecutivo, era preciso ante todo restablecer las partes al estado que tenían antes de la declaración de nulidad, es decir, en este caso proceder a revivir el proceso, y declarar previamente también que la Compañía demandada tiene derecho a seguir haciendo efectivos los créditos que estaba cobrando en el juicio ejecutivo anulado. Que sin ese restablecimiento era prematuro proceder a cumplir la sentencia de la Corte.

Se considera:

La excepción es infundada, porque si bien es cierto que al declararse la nulidad del juicio ejecutivo a que se contrae el fallo de la Corte, la Compañía entonces ejecutante, tenía derecho, una vez ejecutoriado dicho fallo, a reanudar el juicio ejecutivo, separadamente y con la prueba del caso respecto de la parte ejecutada, ese de-

recho era y es de la misma Compañía, como dice el fallo de primera instancia en este juicio, y no impedía el cumplimiento del fallo de la Corte, no sólo porque éste no lo impuso así, sino porque no habiendo quedado anulados, como no podían quedar, los títulos que para promover entonces esa ejecución presentó la Compañía de Bartolomé Martínez Bossio & Compañía, le quedaba a ésta expedito tal derecho para ejercitarlo independientemente del juicio ejecutivo anulado. En ninguna parte del fallo de la Corte aparece que se hubieran anulado los títulos de los contratos de mutuo que estaba haciendo valer la expresada Compañía.

Por otra parte, como dice el Juez de primera instancia, dicha Compañía pudo proponer en este juicio demanda de reconvencción para hacer valer desde esta controversia los derechos derivados de los contratos a que se refería el juicio ejecutivo anulado, como medio, en cuanto a ella, de restablecer las cosas al estado anterior, y no lo hizo. Esto sin perjuicio de los derechos que pueda hacer valer al cumplir este fallo.

Sostiene también el apoderado de los demandados que la acción de que se trata es improcedente, por ser la restitución ordenada por la Corte consecuencia, no de una reivindicación, sino de la anulación de un juicio ejecutivo.

A esto se observa que al proponerse la acción de nulidad del remate, y la consiguiente restitución de los bienes, se invocaron como fundamento de dicha acción las disposiciones relativas a la reivindicación, y que al ordenar la Corte la restitución de los bienes con el pago de los frutos allí reconocidos, fue porque consideró aplicable, como lo es, al caso, el artículo 1746 del Código Civil, especialmente en su inciso segundo (2°), según el cual "en las restituciones mutuas que hayan de hacerse, los contratantes, en virtud de este pronunciamiento (el de la nulidad), será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; **todo esto** (subraya la Corte) **según las reglas generales, y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.**" De ahí la razón por que se hayan seguido en este caso las reglas generales sobre "Prestaciones mutuas."

Por último, como cuando se presentó la demanda para dar cumplimiento al fallo de la Corte (septiembre de mil novecientos veinticuatro), regía el artículo 537 de la Ley 103 de 1923, debía procederse a cumplir dicho fallo por medio de un juicio separado del en que tal fallo se dictó, con copia de lo necesario, de acuerdo con el inciso 2° de aquella disposición. Tal es lo que ha hecho la demandante en ese juicio; luego mal puede decirse que su acción sea improcedente.

No apareciendo probadas las excepciones alegadas por la parte demandada, debe condenársele al pago de los frutos demandados, al tenor de lo que atrás se dijo.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena el doce de marzo de mil novecientos treinta, en este juicio, en el punto indicado; reforma la de primera instancia, de la cual queda vigente lo que adelante se transcribirá, y condena a la Compañía de Bartolomé Martínez Bossio & Compañía, domiciliada en la misma ciudad, a pagar a la sucesión de Manuel Zapata G., representada por Petrona Zapata de Vélez, seis

días después de notificado este fallo, la suma de catorce mil novecientos diez y ocho pesos cincuenta y un centavos oro (\$14,918-51), como valor de los frutos civiles que hubiera podido percibir dicha sucesión con mediana inteligencia y actividad, teniendo en su poder, las fincas a que se refiere la sentencia de esta Superioridad, de fecha nueve de abril de mil novecientos veinticuatro, desde el año de mil novecientos diez, inclusive, hasta el veintisiete (27) de agosto de mil novecientos veinticuatro.

"1° Decláranse infundadas las excepciones usadas en la contestación de la demanda.

"2° No ha lugar a la condenación de intereses legales."

No hay costas en las instancias ni en este recurso.

Notifiquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

JUAN N. MENDEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

María de Jesús Galvis de Puerta, en la cláusula sexta de su testamento, otorgado en la Notaría 1° del Circuito de Bogotá, bajo el número 1278, el diez y seis de diciembre de mil ochocientos setenta y ocho, dispuso lo siguiente:

"Declaro que es mi voluntad legar a mi sirviente Ambrosio Tirano los usufructos de la casa que compré al doctor Lázaro María Pérez, apoderado del señor Cipriano Gaviria, por escritura otorgada a mi favor en veintuno de febrero de mil ochocientos setenta y tres, bajo el número nueve, y los de la casatienda que se halla contigua a dicha casa, y que rematé de los bienes desamortizados, según consta de la escritura de fecha cinco de enero de mil ochocientos setenta y cinco, número seis; las cuales fincas están situadas en esta ciudad, en la calle 3° al norte (antigua calle 5° de la Carrera de Tundama), y tienen los linderos siguientes: la primera: por el Occidente, con la casatienda que queda mencionada; por el Oriente, con casa de las señoras Rosa y Natividad Melo; por el frente, con casa que fue de la señora María Josefa Gómez de Urdaneta, y por el Norte, con el río de San Bruno; los de la casatienda, son: por el Oriente, con la casa ya demarcada; por el Occidente, con casa del señor Joaquín Plata; por el Sur, calle de por medio, con casa que fue de María Josefa Gómez de Urdaneta, y por el Norte, con solar que fue de Agustín Bravo y con el río de San Bruno. Es mi voluntad que después de la muerte de Ambrosio Tirano, pase la propiedad y dominio de las referidas fincas a los descendientes de él, si los hubiere; en caso de no haberlos, al Hospital de Caridad de esta ciudad."

En el juicio de sucesión de María de Jesús Galvis de Puerta, protocolizado en la Notaría 3° del Circuito de Bogotá, bajo el número 1314, el tres de noviembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, se le hizo a Ambrosio Tirano la adjudicación de "los derechos de usufructos que le legó la testadora en las dos fincas que vienen descritas," y en esa misma hijuela se dejó esta constancia:

"La testadora dispuso en la cláusula 6° de su testamento, de fecha diez y seis de diciembre de mil ochocientos setenta y ocho, que después de la muerte de Ambrosio Tirano, pase la propiedad y dominio de las dos mencionadas fincas a los descendientes de él, si los hubiere; y que en caso de no haberlos, al Hospital de Caridad de esta ciudad."

Ambrosio Tirano murió en el Lazareto de Agua de Dios el diez y siete de septiembre de mil novecientos trece; pero ya, por medio de la escritura pública número 360, otorgada en la Notaría 3° del Circuito de Bogotá, el veintiuno de mayo de mil novecientos cuatro, había dado en venta real y enajenación perpetua, a Manuel Ruiz Laverde, las referidas dos fincas, en las cuales se le adjudicó el derecho de usufructo que le legó la testadora Galvis de Puerta.

Muerto el comprador Ruiz Laverde, y seguido el juicio de sucesión de éste, protocolizado bajo el número 1217 en la Notaría 3° de este mismo Circuito, el diez y seis de diciembre de mil novecientos trece, en él les fueron adjudicadas las mismas dos fincas de que se trata, la mitad a la señora María Escobar de Angulo, y una cuarta parte a cada uno de los herederos María Teresa Ruiz de Pardo y María Elvira Ruiz.

En escrito o libelo de demanda de veintiocho de agosto de mil novecientos veinte, que fue repartida al Juzgado 6° del Circuito de Bogotá, el doctor Luis J. Uricoechea, en su carácter de Síndico del Hospital de San Juan de Dios, o de Caridad, de esta ciudad, pidió "que, previos los trámites legales, y con citación y audiencia de los demandados señora Elvira Escobar de Angulo, antes de Ruiz; señorita María Elvira Escobar Ruiz y esposos señora María Teresa Ruiz de Pardo y señor Cruz María Pardo, se decrete por sentencia definitiva:

"a) Que al Hospital de San Juan de Dios o de Caridad, de esta ciudad, pertenecen en pleno dominio y propiedad, desde el diez y siete de septiembre de mil novecientos trece (fecha de la muerte de Ambrosio Tirano), las dos fincas determinadas y alinderadas como se expresa en el hecho V de esta demanda, y que son las mismas a que se refieren el testamento y la partición de bienes del juicio de sucesión de la señora María de Jesús Galvis de Puerta, ya citados.

"b) Que los demandados deben considerarse, para todos los efectos legales, como poseedores de mala fe, por cuanto el dominio del Hospital, respecto de las fincas que le pertenecen y a las cuales se refiere esta demanda, aparece de instrumentos públicos y de actos de partición registrados.

"d) Que los demandados, solidariamente, deben pagar al Hospital, dentro de seis días, el valor de los frutos naturales y civiles de las dos fincas expresadas, no solamente los percibidos sino los que el Hospital hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo las dos fincas en su poder, y los que se fijarán por peritos en el curso del juicio o en otro distinto.

"e) Que deben cancelarse en la Oficina de Registro de instrumentos públicos y privados de este Circuito, los siguientes registros e inscripciones: el correspondiente a la venta que Ambrosio Tirano hizo a Manuel Ruiz Laverde, como de su propiedad, de la totalidad de las dos fincas a que se refiere esta demanda, por escritura número 360, otorgada ante el Notario 3° de Bogotá, el veintiuno de mayo de mil novecientos cuatro; y el correspondiente al juicio de sucesión de Manuel Ruiz Laverde (inventario adicional), registrado el trece de diciembre

de mil novecientos trece, en cuanto se refiere a las dos fincas de que trata esta demanda, y que aparece se adjudicaron así: la mitad para el cónyuge sobreviviente, señora Elvira Escobar de Angulo, y la cuarta parte a cada una de las herederas, señora María Teresa Ruiz de Pardo y señorita María Elvira Ruiz.

"f) Que los demandados, solidariamente, deben pagarle al Hospital todos los gastos y costas del presente juicio, y los que con motivo de él haya hecho o tenga que hacer."

Entre los hechos fundamentales de la demanda, figuran estos:

"IV. El señor Ambrosio Tirano murió en el Lazareto de Agua de Dios el día diez y siete de septiembre de mil novecientos trece, sin dejar descendientes.

"V. Las dos fincas que en pleno dominio o propiedad pertenecen al Hospital de Caridad o de San Juan de Dios, de esta ciudad, están situadas en la calle 13, antigua calle 5ª de la Carrera Tundama, y después calle 3ª al norte, de esta ciudad, actualmente tienen en sus puertas la casa el número 22, antes 123, y la casatienda el número 24, antes 125, y se hallan alinderadas así: la casa: por el frente o Sur, calle de por medio, con casa que fue de María Josefa Gómez de Urdaneta; por el Norte, con el río o quebrada de San Bruno; por el Oriente, con casa que era o es de Rosa y Natividad Melo, y por el Occidente, con la casatienda citada, que pertenece al Hospital. La casatienda: por el frente o Sur, calle de por medio, con casa que fue de María Josefa Gómez de Urdaneta; por el Norte, con solar que fue de Agustín Bravo y con el río o quebrada de San Bruno; por el Oriente, con la casa citada, que pertenece al Hospital, y por el Occidente, con casa que era o es de Joaquín Plata. Estas dos fincas son contiguas.

"VI. Estas dos fincas las poseen y las retienen, indebidamente, desde la muerte de Ambrosio Tirano, la señora Elvira Escobar de Angulo, antes de Ruiz; la señorita María Elvira Ruiz, y los esposos María Teresa Ruiz de Pardo y Cruz María Pardo."

Los demandados contestaron oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas en el libelo de demanda, negando el derecho en que ésta se funda y negando todos los hechos.

Al IV, contestaron:

"Este hecho contiene dos afirmaciones:

"1ª Que Ambrosio Tirano murió el diez y siete de septiembre de mil novecientos trece.

"2ª Que a su muerte, Tirano no dejó descendientes.

"Contestamos a la primera afirmación:

"No nos consta; lo aceptamos.

"A la segunda afirmación:

"No es cierto, por consiguiente lo negamos."

En ese mismo escrito dijeron:

"Proponemos la excepción perentoria de prescripción adquisitiva ordinaria. Fundamos esta excepción en el hecho de que tanto los suscritos como nuestro antecesor, en el dominio de los inmuebles a que se refiere la demanda, los hemos poseído quieta, pacífica, pública y regularmente, sin interrupción desde hace más de diez años."

El veintiocho de junio de mil novecientos veinticuatro se dictó la sentencia que puso fin a la primera instancia, y cuya parte resolutive dice:

"El Juzgado..... declara probada la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva del dominio de las fincas especificadas en la demanda, prescripción consumada a favor de los demandados, y, en consecuencia, los absuelve de todos los cargos formulados contra ellos en la demanda."

Por apelación concedida al demandante, subió el negocio al Tribunal Superior de Bogotá, que, una vez que lo hubo tramitado debidamente, en sentencia de treinta de noviembre de mil novecientos veinticinco, falló así:

"a) Pertenecen al Hospital de Caridad o de San Juan de Dios, de esta ciudad, en pleno dominio o propiedad, desde el día diez y siete de septiembre de mil novecientos trece (fecha de la muerte de Ambrosio Tirano), las dos fincas situadas en la calle 13, antigua calle 5ª de la Carrera de Tundama, y después calle 3ª al norte, de esta ciudad, marcadas actualmente la casa, con el número 22, antes 123, y la casatienda, con el número 24, antes 125, y alinderadas así: la casa: por el frente o Sur, calle de por medio, con casa que fue de María Josefa Gómez de Urdaneta; por el Norte, con el río o quebrada de San Bruno; por el Oriente, con casa que era o es de Rosa y Natividad Melo, y por el Occidente, con la casatienda citada, que pertenece al Hospital. La casatienda: por el frente o Sur, calle de por medio, con casa que fue de María Josefa Gómez de Urdaneta; por el Norte, con solar que fue de Agustín Bravo y con el río o quebrada de San Bruno; por el Oriente, con la casa citada, que pertenece al Hospital, y por el Occidente, con casa que era o es de Joaquín Plata. Estas dos fincas son contiguas y son las mismas a que se refiere el testamento y la partición de bienes del juicio de sucesión de la señora María de Jesús Galvis de Puerta.

"b) Los demandados Elvira Escobar de Angulo, antes de Ruiz; la señorita María Elvira Ruiz y los cónyuges María Teresa Ruiz de Pardo y Cruz María Pardo deben entregar materialmente al Hospital de Caridad o de San Juan de Dios, de esta ciudad, en la persona de su representante legal, dentro del término de tres días, las fincas determinadas en el punto precedente; pero no es el caso de disponer que tal entrega deban hacerla los demandados solidariamente, ni libres los inmuebles de todo gravamen, censo, servidumbre, hipoteca, embargo, demanda, y, en general, de cualquier limitación o alteración del dominio.

"c) Niégase lo pedido en el punto c) del capítulo petitorio del libelo.

"d) Condénase a los demandados citados a pagar al actor, dentro del término de seis días, los frutos naturales y civiles de las dos fincas materia de este litigio, desde la contestación de la demanda, en proporción a sus respectivas cuotas, y no sólo los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, estando la cosa en su poder. En esta restitución de frutos se abonará a los demandados los gastos ordinarios invertidos en producirlos. En consecuencia, no se declara que el pago de frutos naturales y civiles deba hacerse solidariamente por los demandados.

"e) Cancellense en la Oficina de Registro de instrumentos públicos y privados de este Circuito, los siguientes registros e inscripciones: el correspondiente a la venta que Ambrosio Tirano hizo a Manuel Ruiz Laverde, por escritura número trescientos sesenta, de veintiuno de mayo de mil novecientos cuatro, pasada ante el Notario 3º de Bogotá, dejando vigente solamente lo que se

refiere al usufructo de las fincas allí vendidas, en pleno dominio; y el correspondiente al juicio de sucesión de Manuel Ruiz Laverde (inventario adicional), registrado el trece de diciembre de mil novecientos trece, en cuanto se refiere a las dos fincas de que trata esta demanda, y que aparece se adjudicaron así: la mitad para el cónyuge sobreviviente, señora Elvira Escobar de Angulo, y la cuarta parte a cada una de las herederas, señora María Teresa Ruiz de Pardo y María Elvira Ruiz; y

"f) No se hace condenación en costas en la primera instancia, porque no hay temeridad notoria en la oposición de la parte demandada.

"Queda así reformada la sentencia recurrida.

"Sin costas en la segunda instancia."

Ambas partes interpusieron el recurso de casación, que el Tribunal les otorgó, y que la Corte admite y procede a fallarlo, mediante las consideraciones siguientes:

La parte actora, en el escrito por medio del cual fundó su recurso, alega las causales 1ª y 2ª del artículo 2º de la Ley 169 de 1896; y ambas tienen estos motivos:

1º Que en el punto b) de la demanda se pide que en la sentencia se declare que los bienes de que se trata deben ser entregados "libres de todo gravamen, censo, servidumbre, hipoteca, embargo, demanda, y, en general, de cualquier limitación o alteración del dominio"; y el Tribunal, aunque reconoce el dominio al Hospital y ordenó la entrega de los bienes, resolvió "que no es el caso de disponer que tal entrega deban hacerla los demandados solidariamente, ni libres los inmuebles de todo gravamen, censo, servidumbre, hipoteca, embargo, demanda, y, en general, de cualquier limitación o alteración del dominio; y

2º Porque en el punto c) de la parte petitoria de la demanda se solicita que se ordene en la sentencia "que los demandados deben considerarse para todos los efectos legales como poseedores de mala fe, por cuanto el dominio del Hospital, respecto de las fincas que le pertenecen y a las cuales se refiere la demanda, aparece de instrumentos públicos y de actos de partición registrados"; y que el Tribunal negó esa petición, fundado en que la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria, pues en todos los otros la mala fe debe probarse; y que el hecho de que el dominio que se hace valer conste en documentos públicos, no es por sí solo motivo para deducir que el demandado vencido es poseedor de mala fe.

En estas dos negativas del Tribunal, funda el recurrente demandante la causal segunda de casación, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones del demandante; pero como es doctrina constante de la Corte que este motivo de casación no ocurre cuando se falla contra las pretensiones del demandante, que es el caso contemplado, este cargo, referente a la segunda causal, carece de fundamento.

Cuanto a los motivos en que se apoya la primera causal, se expresa así la misma parte recurrente:

"Si la acción reivindicatoria tiene por objeto la restitución de la cosa misma, claro es que al reconocerse el dominio del verdadero dueño, y al condenar al poseedor a entregársela a aquél, la entrega debe decretarse y verificarse sin restricciones ni limitaciones de ninguna clase, puesto que de lo contrario lo que se entregaría la cosa misma (sic) sino una parte de ella, o un saldo o aun nada, si pudiera quedar pendiente por cualquiera limitación del dominio o cualquier gravamen.

" Por estos aspectos, la sentencia del Tribunal, que reconoce el dominio del Hospital de San Juan de Dios sobre las casas materia de la reivindicación, y que perdona esa entrega, pero que se abstiene de decretar tal entrega libres las fincas de todo gravamen, viola en esta parte directamente los artículos 669 y 946 del Código Civil, que determinan lo que es dominio y la naturaleza y objeto de la acción reivindicatoria."

Dice el recurrente citado, que el Tribunal viola en su sentencia, además de los artículos 669 y 946 del Código Civil, los artículos 673, 740, 742, 756 y 752 de la misma obra.

"Todas estas disposiciones se violan—continúa—por cuanto se abstiene el Tribunal de declarar la entrega libre de gravámenes las fincas por parte de los demandados, que nunca han tenido ningún derecho ni ningún título para poder establecerlos."

Para negar lo pedido en el punto b) de la demanda, el Tribunal razona así:

"En cuanto a que deben entregarse libres de gravámenes, servidumbres, etc., no puede hacerse esa ordenación, porque no se ha acreditado en el proceso que las fincas estén realmente afectadas con alguna demanda, embargo o limitación del dominio, para saber en cada caso particular si los demandados están en la obligación de purificar la cosa de esos gravámenes."

La Corte estima infundados todos estos cargos; pues no habiéndose probado que sobre las referidas fincas pesan los gravámenes expresados en la demanda, por actos de que deban responder los demandados, mal puede decretarse a cargo de éstos la obligación de libertarlas, y al razonar así el Tribunal no viola ninguno de los principios consagrados en los artículos del Código Civil citados por el recurrente en el cargo que se examina.

A su vez, el doctor Alberto Goenaga, apoderado de la parte demandada, dice como fundamento de su recurso:

"Alego la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, porque la sentencia es violatoria de ley sustantiva, y porque está tocada de error de derecho en la apreciación que el juzgador hizo de determinadas pruebas."

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 11 de la Ley 90 de 1907, se procede a examinar el cargo referente a la excepción de prescripción adquisitiva.

Ya se ha visto que los demandados, en la contestación a la demanda, propusieron la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria, que fue reconocida por el Juzgado en la sentencia de primera instancia, revocada por el Tribunal que declaró no probada dicha excepción; y a este respecto dice el recurrente, que "habiendo, pues, vendido Tirano a Ruiz Laverde el dominio pleno o la propiedad completa de los referidos inmuebles, y habiendo alegado los sucesores del comprador la prescripción ordinaria adquisitiva, de la manera como aparece que lo han hecho, el Tribunal, al fallar como falló sobre dicha excepción, violó los artículos 2518, 1871 y 2529 del Código Civil, que son los aplicables al caso."

Los conceptos del Tribunal, objeto de este cargo, están consignados en el siguiente pasaje de la sentencia:

"Sin lugar a duda, como atrás se anotó, constituyó en aquel acto la testadora sus inmuebles, en usufructo a favor de una persona, y en fideicomiso, a favor de otra, como lo permite expresamente el artículo 797 del Código Civil, y dio al fideicomisario nombrado (los descendientes de Tirano), un sustituto, que era el Hospital de Caridad (artículo 803 del Código Civil).

"De manera que las fincas quedaron, desde la muerte de la causante, en calidad de propiedad fiduciaria, porque habían de pasar a poder del fideicomisario, mediante la condición de existir éste a la época de la restitución (artículos 794 y 799 del Código Civil), o sea al fallecimiento del usufructuario Tirano.

"Este murió en diez y siete de septiembre de mil novecientos trece; pero había vendido desde el veintiuno de marzo de mil novecientos cuatro a Manuel Ruiz Laverde, como de su propiedad, todo el dominio de las fincas que se le habían dado solamente en usufructo, aun cuando en el título que otorgó (escritura 360 de la Notaría 3ª de Bogotá), si hizo mención de la procedencia de los inmuebles, pues expresó que los había adquirido por donación, según hijuela número 1314, de fecha tres de noviembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, formada en la sucesión de María de Jesús Galvis de Puerta, protocolizada en la Notaría 3ª de este Circuito, con fecha tres de noviembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, hijuela en la cual se le adjudicaba al citado Tirano nada más que el usufructo de los inmuebles a que se refiere el contrato de venta que acaba de relacionarse.

"A la muerte del comprador Ruiz Laverde se adjudicó en su sucesión, protocolizada en la Notaría 1ª de este Circuito, bajo el número 1217, y con fecha diez y seis de diciembre de mil novecientos trece, los inmuebles mencionados a las demandadas, y la adjudicación fue registrada en el Libro de causas mortuorias, el día trece de diciembre de mil novecientos trece.

"Ellas alegan que como desde que adquirió su causante, en mayo de mil novecientos cuatro, cuya posesión agregan a la suya, según el artículo 778 del Código Civil, hasta la fecha de la notificación de la demanda judicial, en noviembre y diciembre de mil novecientos veinte, transcurrieron más de diez años, han adquirido el derecho de dominio de los inmuebles por la usucapión, toda vez que los han poseído regularmente por un término no interrumpido mayor de diez años, posesión que procede de justo título, adquirido de buena fe.

"Sin embargo, para el Tribunal, a pesar de las alegaciones de los excepcionantes, la cuestión no es así, porque debe mirarse bajo una faz distinta, por la circunstancia no discutida de tratarse de una propiedad fiduciaria.

"Para que se efectúe la prescripción ordinaria adquisitiva del derecho de dominio de bienes raíces, es menester que se reúnan los cinco requisitos siguientes:

"1º Justo título.

"2º Buena fe.

"3º Posesión continuada.

"4º Prescriptibilidad de la cosa; y

"5º Tiempo señalado por la ley, o sea diez años. (Jurisprudencia de los Tribunales, número 4306).

"Siguiendo el orden adoptado por el tratadista doctor Fernando Vélez, en su obra de Derecho Civil, se debe empezar por averiguar si la cosa de cuya prescripción se trata es prescriptible, porque, de lo contrario, de nada vale que se reúnan respecto de ella los otros cuatro requisitos o circunstancias.

"Dice el artículo 2518 del Código Civil:

"Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales.

Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados."

"De modo que para que una cosa corporal sea prescriptible, es necesario que esté en el comercio, y la propiedad fiduciaria no está dentro del comercio libre, mientras que no llega el momento de la restitución, para que, pasando a propiedad del fideicomisario o del sustituto, deje de tener tal carácter, por las siguientes razones:

"1º Porque al tenor del artículo 1677, inciso 8º, la propiedad fiduciaria no puede embargarse, y no pudiendo embargarse no puede ser rematada para pagar con su producto al acreedor.

"2º Porque el propietario fiduciario no puede vender esa clase de propiedad, sino de manera muy limitada, es decir, con el cargo de mantenerla indivisa y sujeta al gravamen de restitución; y

"3º Porque tampoco puede constituirse libremente sobre la propiedad fiduciaria una hipoteca o servidumbre, ni imponérsele otro gravamen cualquiera, porque en esa materia dicha propiedad se asimila a los bienes de la persona que vive bajo tutela o curaduría, e impuestos tales gravámenes sin autorización judicial, no obligan al fideicomisario (artículo 816 del Código Civil).

"Ahora bien: contribuye a afianzar esta tesis la consideración de que el artículo 793 del Código Civil enumera o indica las siguientes limitaciones del dominio: propiedad fiduciaria, usufructo, derecho de uso, derecho de habitación, y servidumbres; y respecto de estas cuatro últimas estatuyen los artículos 825, 871 del Código Civil, y 9º de la Ley 95 de 1890, que pueden adquirirse o constituirse por el modo de la prescripción adquisitiva; y en lo que se relaciona con la primera de las limitaciones citadas, sólo expresa que puede constituirse por acto entre vivos, otorgado en instrumento público, o por acto testamentario; lo que está pregonando, muy a las claras, que no puede adquirirse por la usucapión."

Acerca de estas razones del Tribunal, arguye el recurrente:

"El señor Tirano, usufructuario de las fincas, no vendió a Ruiz Laverde parte de dominio alguno o ningún dominio limitado, es decir, no vendió su derecho de usufructo únicamente, ni la propiedad fiduciaria, sino que enajenó en pleno dominio o propiedad completa, y como de su propiedad, las referidas fincas, por medio de escritura pública debidamente registrada, lo que quiere decir que desde el registro de tal escritura, principió Ruiz Laverde a prescribir contra toda persona que tuviera derechos o expectativas de derechos sobre el dominio de las cosas vendidas, inclusive propietarios fiduciarios y fideicomisarios."

"El hecho de haberse constituido antes en dichos bienes una propiedad fiduciaria, no impide la prescripción, porque Tirano no vendió ni Ruiz Laverde compró y principió a poseer propiedad fiduciaria alguna, es decir, el derecho sobre una cosa limitada o una condición que lo hace pasar a otra persona, pues tal es el objeto del contrato por el cual Tirano le vendió a Ruiz Laverde, según los términos de la escritura número 360, otorgada ante el Notario 3º de Bogotá, el día veintiuno de mayo de mil novecientos cuatro; ni lo es en el concepto de la parte demandante, según se ha visto; ni lo es a juicio del Juez de primera instancia, ni del Tribunal, según se ha visto también; sino que ese objeto fue el dominio pleno sobre las fincas allí descritas, obrando Tirano

como dueño absoluto e ilimitado de ellas; luego el comprador, desde el registro de su título, con sus sucesores, han podido prescribir ordinariamente contra el Hospital, y cualquiera que tuviera un derecho sobre aquellos bienes, o siquiera una expectativa, como lo es la que tiene el fideicomisario, quien, para salvar de la prescripción adquisitiva en favor de un tercero poseedor, la cosa sobre cuyo derecho tiene la expectativa, cuenta con el recurso de interrumpirla por medio de providencias conservativas a que tiene derecho todo acreedor condicional, y según la facultad que determinadamente le confiere el artículo 820 del Código Civil, inciso 2°

Luégo termina el recurrente:

“Es un error el decir que la propiedad fiduciaria no se prescribe, pues sí se prescribe cuando el poseedor tercero la posee, no como propiedad fiduciaria, sino totalmente y sin limitación alguna. Es verdad que el propietario fiduciario no puede prescribirla como tal, porque como tal es un poseedor precario, y el poseedor precario no puede prescribir. Decir que es imprescriptible porque no se puede embargar, es otro error, porque no se embarga porque es un derecho que no está en el patrimonio. Y decir que no está en el comercio, como lo dice, para no aplicarle el artículo 2518 del Código Civil, es violar el artículo 810 del Código Civil y el mismo 2518 citado. En cuanto estos conceptos llevaron al Tribunal a negar la excepción, reitero la acusación contra el fallo por violación de los referidos artículos del Código Civil, 2518, 2512, 2526, 1871, 2529, 820, 810.

“Por razón de todo lo expuesto, pido que se infirme el fallo recurrido, y en instancia se absuelva a los demandados.”

Se considera:

Las cláusulas del testamento a que este pleito se refiere, son del tenor siguiente:

“Declaro que es mi voluntad—dice la testadora—legar a mi sirviente Ambrosio Tirano los usufructos de la casa que compré al doctor Lázaro María Pérez, apoderado del señor Cipriano Gaviria, por escritura otorgada a mi favor en veintiuno de febrero de mil ochocientos setenta y tres, bajo el número nueve y los de la casatienda que se halla contigua a dicha casa, y que rematé de los bienes desamortizados, según consta de la escritura de fecha cinco de enero de mil ochocientos setenta y cinco, número seis.”

Esto es simplemente un legado de usufructo a favor de Ambrosio Tirano.

Seguidamente, en la misma cláusula testamentaria, dijo la testadora:

“Es mi voluntad que después de la muerte de Ambrosio Tirano pase la propiedad y dominio de las referidas fincas a los descendientes de él, si los tuviere; en caso de no haberlos, al Hospital de Caridad de esta ciudad.”

Esta cláusula entraña una asignación desde día cierto pero indeterminado, que es condicional. Tratase, pues, de un fideicomiso: muerta la testadora, entraron las fincas al poder de Ambrosio Tirano, con el gravamen de que, al morir éste, pasarían ellas en pleno dominio a los descendientes del mismo Tirano, o al Hospital de Caridad, sino existieren tales descendientes el día de la muerte del fiduciario.

En tales circunstancias, Ambrosio Tirano vendió a Manuel Ruiz Laverde, como de su propiedad, las fincas que sólo tenía en usufructo. No fue, pues, objeto de ese contrato la propiedad fiduciaria, sino—como bien lo ob-

serva el apoderado de la parte demandada—el dominio pleno de las referidas fincas, las que el vendedor declaró, según lo reza la correspondiente escritura pública: “libres de todo gravamen, censo, hipoteca y pleito pendiente.”

Del texto de esa escritura (la otorgada en la Notaría 3° de Bogotá, bajo el número 360, de veintinueve de mayo de mil novecientos cuatro), resulta claramente que Tirano no obró en ese acto en su condición de mero usufructuario, ni en concepto de propietario fiduciario, sino atribuyéndose el goce de la propiedad plena de las fincas vendidas; su caso es, pues, indudablemente, el de un tercero que vende cosa ajena, en el cual es improcedente toda consideración, en el concepto en que están informadas las disposiciones de los artículos 1677, ordinal 8°; 810 y 816 del Código Civil, porque lo preceptuado en la primera de ellas es que no es cesible por el propietario fiduciario, ni es embargable a éste en su condición de tal, la propiedad de los objetos que posee fiduciariamente; y ya se ha dicho que aquí no se trata de enajenación de propiedad fiduciaria; y porque lo mismo puede observarse de las otras dos disposiciones aquí citadas que, sobre este punto, sirven de fundamento a la sentencia recurrida. Esto en lo referente al enajenante.

Ahora: en lo referente a la cosa enajenada, conceptúa el Tribunal que, “la propiedad fiduciaria no está dentro del comercio libre, mientras no llega el momento de la restitución”; pero en oposición a este concepto, declara el artículo 810 del Código Civil, que “la propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte.” Sólo que, en uno y otro caso, dicha propiedad queda siempre sujeta al gravamen de restitución, bajo las mismas condiciones que antes. Pero para el caso que se examina, basta tener en cuenta que—como viene dicho—la operación realizada por Tirano y Ruiz Laverde por medio de la precitada escritura número 360, no versó sobre propiedad fiduciaria, y es, por tanto, improcedente toda consideración relativa a esa materia.

El artículo 791 del mismo Código contempla el caso de que el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro la usurpa, y dándose por dueño de ella la enajena en su propio nombre, y allí se resuelve que, en tal caso, la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa. Ruiz Laverde adquirió las fincas materia de esta litis de una persona que las enajenó, dándose por dueño y señor de ellas, sin serlo, luego el caso cae bajo el dominio del artículo 1871 de la obra que viene citada.

“Para ganar la prescripción ordinaria—dispone el artículo 2528 del Código Civil—se necesita posesión regular, no interrumpida durante el tiempo que las leyes requieren,” el que, tratándose de bienes raíces, es de diez años, contados desde la inscripción del título que le sirve de fundamento; ahora el fideicomisario, desde el momento en que adquiere validez la institución, y mientras pende la condición a que está sujeta la restitución, tiene una expectativa de adquirir el fideicomiso, y la ley le confiere (artículo 820 del Código Civil), el derecho de “impetrar las providencias conservativas que le convengan, si la propiedad pareciera peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario”; y está generalmente admitido por la doctrina y la jurisprudencia, que en ese derecho o facultad que la ley concede al fideicomisario, a los ascendientes legítimos del que todavía no existe

y cuya existencia se espera, y a los personeros o representantes de las corporaciones y fundaciones interesadas, está comprendida la de interrumpir la prescripción que pueda correr contra la persona o entidad instituida, no precisamente por medio de acción posesoria, de que carece, por no ser titular de un derecho real, sino provocando judicial o extrajudicialmente el reconocimiento por parte del poseedor, del derecho del fideicomisario o propietario instituido bajo condición suspensiva. Pero si esta persona o su representante permanece inactiva, y el adquirente posee la cosa con título inscrito, quieta y pacíficamente, sin interrupción natural ni civil durante diez años, la adquiere, legalmente, a título de prescripción.

Esta solución, que no puede tacharse de injusta con relación al fideicomisario que no hizo uso de los remedios que la ley pone en sus manos para interrumpir la prescripción, es la que mejor consulta el interés social que sufriría graves quebrantos por la indefinida prolongación del término necesario para sanear, por medio de la prescripción adquisitiva, la propiedad de las cosas que públicamente, y sin ninguna interrupción, se poseen quieta y pacíficamente.

El despropósito de la tesis contraria salta a la vista, si se considera el caso con relación a un fideicomiso, en que la condición para la restitución, consistente en la muerte del fiduciario, no viniera a cumplirse sino cuarenta o más años después de la adquisición y subsiguiente posesión de las fincas en las circunstancias aquí consideradas: todas las operaciones que durante ese tiempo se hubieren hecho sobre esa finca vendrían a ser nulas.

La parte demandante, en su alegato de oposición, impugna la alegación de prescripción ordinaria, fundándose en que Ruiz Laverde no adquirió de buena fe las fincas materia de la litis, puesto que "supo que Tirano no tenía el derecho que decía enajenaba, porque, precisamente, en esa escritura se cita el título por el cual había adquirido lo que realmente tenía, el usufructo de los inmuebles; de suerte que no podía alegar ignorancia o engaño. Hubo error de derecho—dice—en la afirmación que se hizo, hubo mala fe, porque el error de derecho implica mala fe, que no admite prueba en contrario, y está descartada toda prescripción regular u ordinaria."

Se observa:

No está acreditado en este proceso el hecho afirmado por el demandante recurrente, de que al otorgarse la escritura de venta, Ruiz Laverde "supo que Tirano no tenía el derecho que decía enajenar." Para demostrar ese hecho, agrega el recurrente, que "precisamente en esa escritura se cita el título por el cual él (Tirano) había adquirido lo que realmente tenía, el usufructo de los inmuebles." Pero conviene hacer notar que la declaración que sobre el particular contiene la referida escritura, es como sigue:

"Estas fincas así deslindadas las hubo el vendedor por donación que de ellas le hizo la finada señora Maria de Jesús Galvis de Puerta, según hijuela número 1314, de fecha tres de noviembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, sucesión protocolizada en la Notaría 3ª de este Circuito, con fecha tres de noviembre de mil ochocientos ochenta y cuatro."

No se ha demostrado ni resulta de autos que Ruiz Laverde tuviera a la vista esa hijuela. El se atuvo al dicho del vendedor, de que éste hubo las fincas vendidas por donación hecha a su favor, que sí es título traslativo

de dominio. Pudo haber en eso inexplicable negligencia del comprador, que se atuvo al dicho del vendedor, corriendo las consecuencias de su abandono, pero de ello no puede deducirse mala fe de su parte.

En el pleito seguido por Carmen Cortés contra Manuela y Elvira Castellano, dijo la Corte, en sentencia de quince de mayo de mil ochocientos noventa y seis, lo siguiente:

"Ahora bien: como en el mismo título en que Miguel Cortés vende los terrenos de El llano del Dividive a Carmen Cortés, dice que el título por el cual le pertenece ese terreno, es el haber redimido un censo que lo gravaba, y este hecho no constituye un título traslativo de dominio, como ya se ha demostrado, la compradora quedó impuesta por el mismo vendedor de que no era verdadero dueño de la cosa que vendía, o que no tenía facultad de enajenarla, con lo cual se constituyó desde entonces una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario." (Gaceta Judicial, tomo XI, página 403, 1ª).

Si Tirano hubiera dicho que las fincas que vendía las hubo en usufructo, no habría lugar a suponer que Ruiz Laverde creyó haber adquirido las fincas de quien tenía facultad de enajenarlas, pero si el vendedor declara que la cosa que vende la hubo por donación, y cita por su número y su fecha una escritura cuyo contenido no corresponde a lo afirmado por él, no se puede presumir que el comprador conocía el contenido de esa escritura, y que compró a sabiendas de que el vendedor no era verdadero dueño de la cosa, y que, por tanto, obró de mala fe.

Por las razones expuestas, la Corte estima fundado el cargo que acaba de examinar, y que es por ese motivo casable la sentencia.

En tal virtud, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el treinta de noviembre de mil novecientos veinticinco, y en su lugar confirma la sentencia de primera instancia, dictada en este negocio por el Juzgado 6º del Circuito de Bogotá el veintiocho de junio de mil novecientos veinticuatro. Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril treinta de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

Un apoderado de la Comunidad de los Alvarez presentó ante el Juez de Circuito de Titiribí una demanda, en la cual expresa estos hechos:

"1º Hay en el Distrito de Heliconia un gran lote de terreno conocido con el nombre de Comunidad de los Alvarez y demarcado por estos linderos:

'Del Alto de las Cruces, en el camino de Heliconia a Medellín, por el filo o cordillera de Yarumal al Alto de Canoas; de éste, por una pierna de cuchilla que divide las vertientes de las quebradas de Los Monos y Porquera, filo abajo, hasta donde termina ésta en el desemboque

de la quebrada de Los Monos en la de Guaca; de aquí, pasando dicha quebrada de La Guaca, hasta el desembocue de la quebrada El Nudillo; ésta, arriba, hasta sus cumbres; de éstas, por una línea recta, a dar al camino del Alto del Corral; de este punto, por todo el camino, al Alto del Chagualal; de éste, lindando con terrenos de la Comunidad de Guaca, a la punta de la peña llamada La Antigua; de aquí, por una línea recta, al paso de la quebrada del Desecho, y de aquí, por todo el camino que conduce de Heliconia a Medellín, al Alto de las Cruces, primer lindero.'

"2° El dominio de este lote de terreno pertenece en proindivisión o comunidad a mis mandantes y a sus condueños, señores Amalia Herrán de S., Inés Uribe de J. y Clementina Echeverri de B., mujeres viudas; Lucila, Amparo, Sofía y Carlos Jaramillo; Ramón Lince, María Luisa Arango de B., Clementina Estrada de A., Sofía y Rosa Piedrahita, Constanza y Judit Botero, Francisco L. Campuzano, Julio Jaramillo S., Néstor Betancourt, Inés, Ulpiana y Sofía Arango y Ana Santamaria H., quienes, agregando a su posesión la de sus causantes inmediatos y mediatos, como la agrego, han poseído regularmente ese terreno durante mucho más de veinte años, sin interrupción y de manera pacífica y pública, ejerciendo en él toda clase de actos de dominio, tales como explotación de las hulleras y fuentes saladas que han tenido y tienen allí, construcción y sostenimiento de edificios, hornos, acueductos, cercas y caminos, cortes y aserradas de madera, etc., de suerte que si no tuvieran justos títulos de propiedad, como los tienen, habrían ganado por prescripción extraordinaria el dominio de dicho terreno.

"3° En éste han vivido y viven muchos individuos como arrendatarios, comodatarios o por mera tolerancia de los comuneros, porque de ello no le resulta ningún gravamen a la Comunidad, y antes por esos medios se ha procurado y se procura ésta los trabajadores necesarios para su grande empresa de elaboración de sal, que ha tenido y tiene en Heliconia; pero de poco tiempo acá, varios de esos individuos se han tornado en poseedores de las determinadas porciones de terreno que antes ocupaban como tales arrendatarios, comodatarios o por mera tolerancia de los comuneros o de la Comunidad. Entre ellos se cuenta Floro o Florentino Córdoba, quien en el paraje Ceferino, de la misma Comunidad de los Alvarez, ocupa un terreno con casa de tapias y tejas y una sementera de café, que linda:

'Por el frente, con el camino público que de Heliconia gira para Ebéjico, el cual, en este trayecto, fue variado en parte, y linda con la que fue abandonada y con la que hoy está en uso y ocupada actualmente por Zoraida y Félix Garzón; por cabecera y el costado sur, con Eleázar Gómez, arrendatario de la comunera doña Inés Uribe de Jaramillo; y por el costado norte, con la quebrada Matasano.'

Las cercas de este terreno consisten en alambradas y barrancas.

"4° El lote de terreno que posee Florentino Córdoba, con sus mejoras, es una cosa singular o un cuerpo cierto, y en virtud de esa posesión están privados de la suya la Comunidad de los Alvarez o los comuneros miembros de ella.

"5° Florentino Córdoba, como todos los demás habitantes de Heliconia, ha sabido siempre, por ser ello público y notorio desde tiempo inmemorial, que el terreno que él posee ha sido y es parte integrante del llamado Comunidad, de los Alvarez.

rreno que él posee ha sido y es parte integrante del llamado Comunidad, de los Alvarez.

"6° Entre los miembros de la Comunidad no han faltado personas para quienes no corre la prescripción, como las mujeres casadas de que he hablado, o como los menores Sofía, Ester y Luis María Alvarez.

"7° El cultivo de los terrenos los deteriora o desmejora, y esto le ha ocurrido al que posee Córdoba, porque él lo ha cultivado."

El apoderado pidió que se hicieran contra Florentino Córdoba las siguientes declaraciones:

"I. Que a esta Comunidad le pertenece el dominio pleno del lote de terreno que especifica el hecho fundamental número 3°.

"II. Que el demandado debe restituírle ese terreno dentro de tres días de notificada la sentencia o dentro del término que en ésta se le señalare.

"III. Que debe pagarle el valor de los deterioros de dicho terreno, ocasionados por su hecho o culpa, y restituírle los frutos naturales y civiles del mismo, considerando al demandado poseedor de mala fe.

"IV. Que si usted creyere que el demandado no es poseedor de mala fe, se le condene a pagar los deterioros y a restituír los frutos como poseedor de buena fe.

"V. Que en una u otra de las dos peticiones anteriores, se le condene a pagar por los deterioros y los frutos, si éstos no existieren, para restituírlos en especie, la suma de pesos que a esas cosas se fije por peritos en este o en otro juicio.

"VI. Que si no fuere el caso de hacer las precedentes declaraciones en favor de la Comunidad de los Alvarez, se hagan en favor de mi poderdante y de sus condueños."

Como razones de derecho expuso el demandante:

"De los hechos anteriores se desprende que se está en los casos que reglan los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 962, 963 y 964 del Código Civil, y, por consiguiente, que mis poderdantes tienen derecho para instaurar la acción reivindicatoria o de dominio contra el nombrado Florentino Córdoba y en favor de la Comunidad de los Alvarez, respecto del terreno que él posee; pues así como un socio puede pedir para la sociedad o un heredero para la herencia, del propio modo un comunero puede demandar para la comunidad."

Córdoba no le dio contestación a la demanda.

El Juez 3° en lo Civil del Circuito de Medellín, a cuyo conocimiento pasó el negocio en virtud de lo dispuesto en la Ley 84 de 1922, dictó sentencia el tres de febrero de mil novecientos veinticinco, absolutoria del demandado.

Por apelación del actor, subió el asunto al Tribunal Superior de Medellín, quien, en sentencia de diez de abril de mil novecientos veintiocho, revocó la de primer grado, y resolvió:

"Declárase que Florentino Córdoba ha adquirido por prescripción extraordinaria el inmueble que le demandó en reivindicación la Comunidad de los Alvarez, inmueble comprendido por los siguientes linderos:

'Por el frente, con el camino público que de Heliconia gira para Ebéjico, el cual, en este trayecto, fue variado en parte, y linda con la que fue abandonada y con la que hoy está en uso y ocupada actualmente por Zoraida y Félix Garzón; por cabecera y el costado sur, con Eleázar

zar Gómez, arrendatario de la comunera doña Inés Uribe de Jaramillo, y por el costado norte, con la quebrada Matasano.'

"No hay lugar a declarar probada la otra excepción alegada por el demandado."

La Corte admite el recurso de casación que contra esta sentencia interpuso el apoderado de la parte demandante, por hallarlo en las condiciones legales, y procede a su decisión.

El recurrente aduce la primera causal de casación a que se refiere el artículo 2º de la Ley 169 de 1896 y la funda en varios motivos.

El apoderado del demandado, en el alegato de instancia dirigido al Tribunal, propuso la excepción de prescripción extraordinaria de dominio y al efecto manifestó:

"Porque por el transcurso del tiempo, si en realidad el terreno demandado a Córdoba hubiera pertenecido a los causantes de los que hoy demandan, ya hoy, en virtud de la posesión de aquél (Córdoba), que pasa de treinta años de una manera personal, ha ganado por medio de la prescripción el terreno de la litis. Así lo he comprobado en tiempo hábil con sinnúmero de declaraciones, todas acordes, hasta con los mismos testigos de la parte actora; todos, unos y otros, declaran que la posesión de Córdoba data desde el año de mil ochocientos ochenta y siete, agregándole la de sus padres Juan y María de J. Adarve. También dicen que jamás llegaron a ver en el terreno poseído por Córdoba, ejercer dominio a los demandantes ni a don Angel Alvarez y que también el finado don Angel conocía muy de cerca la posesión de los Córdobas y no lo vieron nunca que se opusiera a ella."

El primer motivo de la causal consiste en la violación de los artículos 22 y 79 de las Leyes 57 y 153, respectivamente, de 1887, por error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial.

Impugna el recurrente, entre otros, este paso de la sentencia:

"Los testigos anteriores fueron tachados en el Tribunal por el apoderado de la entidad actora, y aunque el incidente terminó desfavorablemente a él, la Sala quiso hacerles severa crítica, a fin de alejar cualquier peligro en su estimación; y como va a declarar probada la excepción de prescripción extraordinaria, es conveniente rodear el fallo de toda garantía, especialmente cuando se trata de reconocer un título con apoyo en prueba testimonial, como en el caso de autos. Un criterio ligero podría deducir la prescripción, con toda apariencia de legalidad, sustentada en los testimonios analizados. La Sala los toma como conjeturas y en último término los deja al margen para analizar las pruebas de la misma parte actora, que llevan al ánimo la convicción firme de haber prescrito Floro Córdoba con vinculación a sus padres."

Véase este otro paso tachado:

"En los testigos del demandado que no admitieron glosas, conserva gran fuerza la declaración de Natalio Galeano y Daniel Vásquez....."

Ya se vio—añade el recurrente—que el último dijo:

"..... los esposos Juan Córdoba y María de Jesús Adarve, padres de Florentino," y que Galeano se produce de igual modo, según estas palabras suyas:

"..... los señores Juan Córdoba y su esposa María de Jesús Adarve, padres legítimos de Florentino Córdoba."

"Para qué hace mérito la sentencia en su parte motiva de los testimonios en que están las expresiones subrayadas? Indudablemente para que sirvan de fundamento a su parte resolutive. Pero tales testimonios no prueban el vínculo de consanguinidad existente, de modo que no se establece la relación jurídica que hubiese existido entre el demandado y sus antecesores en la tenencia del terreno materia del litigio.

"Son consecuencias de lo que precede:

"1º Que la sentencia viola directamente los artículos 22 y 79 de las Leyes 57 y 153, respectivamente, ambas de 1887, por cuanto admite la prueba testimonial para acreditar el matrimonio y las defunciones de Juan Córdoba y María de Jesús Adarve, que de ese matrimonio nació Florentino y que Juan y Benedicto fueron hermanos.

"2º Que esos mismos artículos eran y son los aplicables, no para aceptar la prueba testimonial para establecer aquellos hechos, sino para rechazarla o desecharla.

"3º Que la sentencia incurrió en error de derecho al aceptar prueba testimonial para establecer los hechos a que se refiere el ordinal 1º".

La Corte considera:

Sustancialmente, el concepto del Tribunal que presta apoyo al presente cargo, estriba en que el sentenciador tiene la convicción "de haber poseído Floro Córdoba, con vinculación a sus padres y sin ella a Benedicto Córdoba, el inmueble reivindicado."

El sentenciador parte de la base de que Juan Córdoba y María de Jesús Adarve poseyeron el lote, y luego a la muerte de ellos, Florentino Córdoba siguió en la posesión, admitiendo las afirmaciones de los testigos acerca de que los primeros fueron casados entre sí y de que el último es hijo legítimo de ellos.

Al proceder así, el Tribunal incurrió en un error de derecho, pues aceptó que el estado civil del matrimonio y el de hijo legítimo pueden acreditarse con declaraciones, sin ser el caso de la prueba supletoria que contemplan los artículos 395 y siguientes del Código Civil; y este error en la apreciación de la prueba testimonial lo condujo al quebrantamiento de los citados artículos 22 de la Ley 57 y 79 de la Ley 153 de 1887. Con arreglo al primero, hay que tener y admitir como pruebas principales del estado civil, respecto de personas bautizadas o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las respectivas formalidades legales expidan los párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales, y de conformidad con el segundo, las pruebas principales de matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo, son las de origen eclesiástico.

A los autos vinieron las partidas de defunción de Juan Córdoba y la señora Adarve, pero no la del matrimonio de los mismos, ni la de bautismo de Florentino. El apoderado solicitó oportunamente que se trajera esta última, mas es lo cierto que el párroco de Heliconia no la expidió y que ningún esfuerzo se hizo en el sentido de aducir debidamente la prueba supletoria de la filiación.

En la prescripción extraordinaria el prescribiente puede unir a su posesión la de sus antecesores, según el artículo 2521 del Código Civil; pero entonces ha de probar que en realidad es sucesor de las personas a quienes señala como antecesores, es decir, debe acreditar la manera como pasó a él la posesión anterior, para que de esta suerte quede establecida la serie o cadena de posesiones, hasta cumplir los treinta años.

En el caso del actual litigio, podría admitirse que no era precisa la partida de matrimonio de Juan Córdoba y la Adarve; pero si se necesitaba la de bautizo del demandado, porque éste se ha presentado como sucesor de Juan en la posesión, en calidad de hijo legítimo suyo. Por falta de semejante prueba, no resulta creado entre los dos Córdobas el vínculo de antecesor y sucesor, y, por consiguiente, la posesión de Florentino aparece desconectada de la de Juan.

En resumen: con prueba testimonial es dable establecer el hecho material de la posesión, con sus elementos de duración e intensidad; pero hay que acudir a las pruebas propias del estado civil cuando sea indispensable acreditar que la posesión ha pasado de padres a hijos; y esto es cabalmente lo que no se hizo en el caso de autos.

Y generalizando, se puede afirmar que el prescribiente que junta a su posesión la de los antecesores, ha de demostrar la serie de tales posesiones, mediante la prueba de los respectivos traspasos, pues de lo contrario, quedarían sueltos o desvinculados los varios lapsos de posesión material.

Aislada la posesión de Florentino Córdoba de la que tuvo su llamado antecesor Juan, sólo puede ser contada, cuando más, desde el veinte de octubre de mil novecientos dos, día de la muerte del segundo; y desde tal fecha hasta el veintinueve de enero de mil novecientos veintitrés, en que se notificó la demanda al demandado, no van corridos los treinta años que requiere la prescripción extraordinaria (artículo 2532 del Código Civil).

Hé aquí por qué prospera el recurso de casación que se estudia y ha de ser infirmada la sentencia, sin necesidad de examinar los restantes motivos (artículo 11 de la Ley 90 de 1920).

Para resolver en instancia, se considera:

Tratándose de reivindicar para una comunidad, cualquiera o cualesquiera de los comuneros pueden ejercitar la acción en provecho de la entidad.

El Tribunal examinó, aunque brevemente y remitiéndose al estudio de pleitos anteriores, los títulos traídos por la parte demandante. De esos títulos—en su mayor parte hijuelas y varias escrituras—se desprende el derecho de los comuneros, o al menos de algunos de ellos, y la existencia misma de la comunidad; y como se reivindica para ésta, en rigor bastaría que uno solo de los demandantes probara la comunidad y su participación en ella. Por otra parte, el demandado no ha combatido estos títulos con la aducción de otro de mejor calidad, pues ninguno presentó, como que su defensa ha consistido en alegar la prescripción extraordinaria; y en cuanto a la posesión que resulta haber tenido y que únicamente podría computarse desde octubre de mil novecientos dos, ella queda contrarrestada con aquellos títulos de los demandantes que se remontan a una época anterior, por ejemplo, la hijuela formada a José María Jaramillo A. en la sucesión de don Angel M. Alvarez, en agosto de mil ochocientos noventa y cinco, y registrada el propio año en el Circuito de Titiribí.

El lote que es objeto de la acción se halla comprendido dentro de los límites del gran lote de la comunidad, según se deduce de las declaraciones de los testigos que acerca del punto deponen. También quiso acreditarse esto por medio de un dictamen pericial, que no es dable apreciar, porque no fue puesto en conocimiento de las partes. (Artículo 668 del Código Judicial).

Establecido el dominio de la parte demandante sobre el lote que se persigue en el juicio y apareciendo que el demandado lo posee sin derecho, quedan acreditados los elementos esenciales de la acción reivindicatoria, con arreglo a los artículos 946, 947 y 950 del Código Civil.

Para los efectos de las prestaciones, ha de ser considerado Córdoba como poseedor de buena fe y la liquidación de ellas debe remitirse a otro juicio.

Además de la excepción de prescripción adquisitiva, opuso el apoderado del demandado la de prescripción de la acción, fundado en las razones manifestadas en el memorial de diez y nueve de octubre de mil novecientos veintiséis. El Tribunal la declaró no probada "por haber constancia de que algunos comuneros son menores, como las señoritas Sofía, Ester y Luis María Alvarez, quienes han suspendido la prescripción extintiva de la acción, según los textos citados" (artículos 2530 y 2541 del Código Civil). Para la Corte, la prescripción extintiva de la acción no halla cabida en este caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2538 ibidem, porque como aquí se ha reclamado el derecho de propiedad sobre un lote, ese derecho no se ha extinguido por la prescripción adquisitiva extraordinaria en favor del demandado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia a que se refiere el presente recurso y en su lugar decide:

Decláranse no probadas las excepciones alegadas por el opositor.

Pertenece a la Comunidad de los Alvarez el dominio del lote de terreno mencionado en el hecho 3º del libelo de demanda, con estos linderos: por el frente, con el camino público que de Heliconia gira para Ebéjico, el cual, en este trayecto fue variado en parte y linda con la que fue abandonada y con la que hoy está en uso y ocupada actualmente por Zoraida y Félix Garzón; por cabecera y el costado sur, con Eleazar Gómez, arrendatario de la comunera doña Inés Uribe de Jaramillo, y por el costado norte, con la quebrada de Matasano; lote situado en el paraje de Ceferino, del Municipio de Heliconia.

El demandado Florentino Córdoba debe restituírle a la Comunidad este lote en el término de veinte días, contados desde la ejecutoria del auto de cumplimiento que ha de proferir el Juez.

Florentino Córdoba, considerado como poseedor de buena fe, pagará a la Comunidad de los Alvarez el valor de los deterioros y restituirá los frutos del inmueble o el valor de ellos, todo desde la contestación de la demanda y al tenor del artículo 964 del Código Civil. El importe de estas prestaciones se liquidará en juicio separado. Al demandado se le deja a salvo su derecho de obtener los abonos que le competan, en calidad de poseedor de buena fe.

En los anteriores términos queda revocada la sentencia de primera instancia.

Sin costas en el recurso de casación.

Notifiquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Juan E. Martínez—Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo seis de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Francisco y Joaquín Barreto demandaron a Vidal y Anastasio Melo para que se hicieran estas declaraciones:

"1° El pago de parte de mis mandantes que a éstos deben hacer de parte de la mitad de unas mejoras de cacao, hechas en un lote de terreno de los predios denominados La Isla y Caño Grande, de propiedad de mis mandantes, ubicados dichos predios en jurisdicción del Municipio de San Cayetano, establecidas en parte por los señores Anastasio y Vidal Melo, a quienes pertenecía parte del valor de la mitad de ellas, y a cuyo favor debe ordenarse el pago, perteneciendo la totalidad del valor de la otra mitad y el resto de la primera, a mis mandantes, por contrato verbal y por haberlas acabado de establecer tales mejoras, valor de éstas que deben ser apreciadas por medio de peritos.

"2° Que los demandados deben de pagar a mis mandantes el valor del disfrute de unas huertas de propiedad de éstos, que al tenor del contrato verbal celebrado entre ellos, correspondía a los demandados disfrutar para el establecimiento de las mejoras a que se refiere el punto anterior, siempre que tales mejoras se establecieran en la forma y términos convenidos.

"3° Que del valor de la parte de la mitad de las mejoras de cacao le corresponde a los demandados, éstos deben de pagar a mis mandantes el valor de los dineros invertidos para terminar el establecimiento de las mejoras con ellos contratadas verbalmente, y el valor de los dineros invertidos en el pago de los peones necesarios para la atención de dichas mejoras, valor éste que debe determinarse por peritos.

"4° Que los demandados deben pagar los daños y perjuicios ocasionados a mis mandantes por el no cumplimiento del contrato verbal, celebrado para el establecimiento de las mejoras de cacao, ya mencionadas, daños y perjuicios que deben evaluarse igualmente por peritos.

"5° Que orden a (sic) los demandados la entrega de las huertas que están en poder de éstos y ha hecho mención."

Los demandados no convinieron ni en los hechos ni en el derecho invocados por los demandantes, y a su vez los contrademandaron para que se declarara:

"Primero. Que por virtud del contrato verbal celebrado el día diez y ocho de agosto de mil novecientos trece, entre los señores Francisco y Joaquín Barreto, por una parte, y nosotros, Anastasio y Vidal Melo, por otra, en forma y términos expresados en los anteriores apartes de esta demanda, dichos Barreto nos deben a nosotros, y están obligados a pagarnos todos los salarios comprendidos desde dicho diez y ocho de agosto de mil novecientos trece hasta el seis de mayo de mil novecientos veintitrés, fecha esta última en que terminó el contrato por culpa de dichos Barreto, por no haber cumplido éstos con la obligación de pagar los jornales a los peones. Los salarios que nos deben pagar, como hemos dicho, son a treinta y cinco centavos por cada uno de nosotros, descontando sesenta y cuatro semanas y todos los días comprendidos desde el veintiocho de octubre de mil novecientos diez y nueve hasta el once de junio de mil novecientos veinte, y desde el veintisiete de octubre de mil novecientos veintidós hasta el seis de septiembre de mil novecientos veintitrés, épocas éstas dos últimas en que

uno de nosotros (Anastasio) no estuvo trabajando allí, pero en los cuales Vidal siguió haciendo los trabajos del caso, y poniendo los peones necesarios allí. Nos adeudan, pues, aproximadamente un total de 2,056 jornales, que valen \$ 1,439-20 oro.

"Segunda. Que los mentados Barretos nos deben, y están obligados a pagarnos, la mitad de todos los cultivos puestos en las mencionadas tierras de La Isla y Caño Grande, desde el diez y ocho de agosto de mil novecientos trece hasta el seis de mayo de mil novecientos veintitrés, entre los cuales, de 6,937 árboles de cacao, la mitad, o sean 3,438 son nuestros, y la otra mitad de los Barreto, y que el valor de esta parte nuestra es de \$ 1,934 oro, sin contar las demás plantaciones, que se determinarán y evaluarán debidamente.

"Tercera. Que los señores Barreto nos deben, y están obligados a pagarnos, la indemnización de perjuicios causados a nosotros por su incumplimiento, que estimamos en la suma de doscientos pesos (\$ 200) oro; los intereses legales de la suma que nos adeudan por salarios, y las costas de este juicio; y

"Cuarta. Que nosotros tenemos derecho de retener las fincas que están en nuestro poder, mientras no se nos haya pagado por los Barreto todo lo que por su autoridad se declare que nos deben (sic)."

El Juez falló:

"Primero. Se condena a los señores Francisco y Joaquín Barreto, mayores y vecinos del Municipio de San Cayetano, a pagar en el término de seis días, a los señores Vidal y Anastasio Melo, mayores y del mismo vecindario, la suma de mil seiscientos cuarenta y siete pesos setenta y cinco centavos (\$ 1,647-75) moneda legal, equivalente a la mitad del valor de los árboles valiosos establecidos por los Melo en los predios de los demandantes, La Isla y Caño Grande.

"Segundo. Se ordena a los mentados Melos, en su condición de arrendatarios, restituir a los Barretos los inmuebles expresados en que se hallan los cultivos, por los linderos que constan del proceso, y que por consecuencia del contrato verbal habían recibido de éstos, lo que verificarán mediante el pago o seguro de las mejoras mencionadas.

"Tercero. Se absuelve a los demandados de los siguientes cargos, deducidos en la demanda principal: de pagar indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato verbal sobre arrendamiento de los predios atrás citados; de la entrega de las huertas o el pago de ellas por su disfrute, que los demandantes aseveran les dieron para el establecimiento de las mejoras, siempre que las hubiera hecho bien, en la forma y términos convenidos en el contrato verbal; del pago del dinero invertido por los Barreto en peones para la conservación de dichas mejoras, desde la época en que dicen fueron abandonadas por los demandados.

"Cuarto. Del mismo modo se absuelve a los actores Barretos de los cargos hechos en la demanda de reconvencción, a saber:

"Del pago de la cantidad de mil cuatrocientos treinta y nueve pesos veinte centavos (\$ 1,439-20) moneda legal, valor de los mil cincuenta y seis jornales, a treinta y cinco centavos cada uno, que los demandados en persona trabajaron en el establecimiento de dichos cultivos, y que aseveran debían pagarles los Barretos, conforme a las estipulaciones del contrato verbal de que se ha hecho mérito; del pago de los intereses de la suma anterior, y, finalmente, del pago de los perjuicios por incum-

plimiento del contrato de arrendamiento, que cada parte se esfuerza en cobrar a la otra.

"Quinto. No hay lugar a condenación en costas."

De este fallo sólo apelaron los Barretos, y el Tribunal de Pamplona, que conoció de la apelación, confirmó la sentencia.

Los Barretos interpusieron recurso de casación, que se admite y estudia, por estar arreglado a las normas legales.

El Tribunal, para confirmar el fallo del Juez, dijo:

"Esa determinación y condenación la encuentra el Tribunal legal; pues se probó, por lo confesado por los Barretos en las posiciones rendidas por ellos y las cuales obran en autos, que la obligación de ellos con los colonos aparceros era, entre otras, reconocerles, una vez terminado el contrato, la mitad de las plantaciones que éstos establezcan en la nueva fundación; que según inspección ocular practicada en La Isla y Caño Grande, allí se hallaron plantaciones no sólo de cacao sino de café, aguacates, etc., etc.; que las plantaciones de todos estos cultivos fueron puestos allí en el año de mil novecientos catorce, es decir, con posterioridad a la fecha de iniciación del contrato, y que, según lo han declarado los testigos relacionados en el aparte b) de la enumeración de pruebas, las plantaciones en referencia fueron puestas y atendidas en los fundos de La Isla y Caño Grande por los colonos y aparceros Anastasio y Vidal Melo."

El recurrente considera que el sentenciador, en el aparte transcrito, apreció mal la prueba pericial, la testimonial y la prueba de confesión.

La primera, porque la exposición pericial no es de por sí plena prueba, sólo lo es respecto de los hechos sujetos a los sentidos, y sobre los que según la profesión de los peritos, expongan con seguridad como consecuencia de los principios inconcusos de la ciencia; la segunda, porque los testigos no concuerdan en los hechos y circunstancias aseverados y la confesión, porque los Barretos no confesaron que ellos estaban obligados a pagar otras plantaciones distintas de las de cacao. A consecuencia de esos errores, se consideran como violados los artículos 542, 543, 538, 539, 566, 659 y 607 del Código Judicial, 79 y 80 de la Ley 105 de 1890.

Se observa:

El sentenciador no apreció esas pruebas aisladamente, que si así lo hubiera hecho, habría incurrido en los errores apuntados por el recurrente. Esas pruebas las apreció en conjunto, así: la inspección ocular y el dictamen de peritos, para demostrar que en los terrenos de La Isla y Caño Grande había árboles de cacao en número de 6,227; las exposiciones de los testigos para comprobar que habían plantado los Melos, y las confesiones de los Barretos para demostrar que ellos se habían comprometido a pagarles a los Melos los árboles que plantaron a la terminación del cultivo; y eso confiesan los demandantes en posiciones rendidas en el juicio.

Del haz de esas pruebas, apreciadas en conjunto, aparece que los Melos sembraron en terrenos de los Barretos, 6,227 árboles de cacao, y que éstos se comprometieron a pagarlos al fin del contrato.

Puede ser cierto que el perito tercero no fundara su dictamen, y que la diligencia no se practicara con las formalidades que dice el recurrente, pero a ello hay que observar que ya se ha resuelto por la Corte que el hecho de que los peritos no hayan practicado juntos la diligencia, no le quita al dictamen el carácter probatorio, ni se

comete error de derecho al apreciarlo. (Gaceta Judicial, tomo XXII, página 338, 1°).

Respecto de la confesión de los Barretos, ella es explícita respecto de los árboles de cacao, por eso condenó la sentencia a pagar los árboles que allí se habían plantado.

Se acusa el fallo por el quebrantamiento de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, por cuanto el sentenciador conceptuó que el vínculo contractual había terminado por culpa de alguno de los contratantes; pues en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes se considera en mora cuando el otro no ha cumplido sus obligaciones.

Se observa:

No se pidió en la demanda ni el cumplimiento ni la resolución del contrato, para que llegara el caso de aplicar los artículos citados por el recurrente, porque los perjuicios causados por el no cumplimiento del contrato son una consecuencia de la acción que se ejercite sobre el cumplimiento o la resolución, pero ellos no pueden demandarse independientemente.

Tampoco prospera la acusación por violación de los artículos 2007, 2008 y 2009 del Código Civil, porque en ninguna parte de la demanda, ni en los hechos que le sirvieron de apoyo estimaron los Barretos que el contrato celebrado con los Melos fuera de arrendamiento de cosas.

Se acusa igualmente el fallo por violación del artículo 2041, inciso 2°, porque asimilando esa disposición la aparcería a una sociedad entre el aparcerero y el arrendador, ha debido el aparcerero rendir cuenta pormenorizada y documentada de su administración, para poder cobrar del arrendador las mejoras.

Se responde:

El inciso 2° del artículo 2041 lo que preceptúa es que el colono aparcerero puede pedir rebaja del precio o de la renta cuando acaezca un caso fortuito antes o después de percibirse los frutos, cosa que no sucede al presente, pues este pleito no tiene por objeto ni rebaja de precio ni de renta, ni eso se ha demandado.

Se ataca el fallo por el quebrantamiento del artículo 1995 del Código Civil, porque el artículo se refiere a indemnización, y no puede considerarse como indemnización lo que los arrendadores deben pagar por mejoras a los arrendatarios.

Se observa:

Participando ese contrato tanto del arrendamiento como del de sociedad de hecho, según lo dice el Tribunal, sin reparo del recurrente, está bien que aplique por analogía las disposiciones que regulan esas convenciones, máxime si se atiende que es muy justo que el colono retenga las mejoras hasta que el arrendador se las pague o le asegure a satisfacción el valor de ellas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, de fecha primero de octubre de mil novecientos veintiocho.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, ocho de mayo de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

El Tribunal de Pamplona dictó sentencia de segunda instancia en el juicio que Lucio Pabón adelanta contra Lucas Galvis y otros, sobre reivindicación de un lote de terreno sito en el Municipio de Arboledas.

El fallo fue favorable a los demandados, y la parte actora interpuso contra él recurso de casación, que el Tribunal negó por no alcanzar la cuantía de la acción a la fijada, para el efecto, por la ley.

El demandante, señor Lucio Pabón, por medio de apoderado ha recurrido de hecho ante la Corte, para que ésta le franquee el recurso. Y agotados los trámites del caso, procede ésta a resolver la petición.

Fundó el Tribunal su negativa en que los peritos designados para avaluar la cuantía del juicio, fijada en la demanda, y que fue objetada por los demandados, estimaron que aquélla era sólo de seiscientos cincuenta pesos (\$ 650) de oro, apoyándose en el hecho de haber recorrido el inmueble cuya reivindicación se solicita, y, por tanto, haberse cerciorado de su situación topográfica, la clase de tierra, sus mejoras, sus productos y su valor en el mercado actual.

Dice el Tribunal:

“Es de advertir que este dictamen fue puesto en conocimiento de las partes, y ninguna de ellas le hizo observación u objeción alguna. Si, pues, no sólo por la manifestación y aquiescencia de las partes, sino por el medio precisamente indicado por la ley para fijar definitivamente el valor de la cuantía de los juicios, ella quedó establecida y fijada en el negocio de que se trata, en cantidad muy inferior a la de dos mil pesos, que señala el artículo 1° de la Ley 90 de 1920, es improcedente ordenar que se vuelva a fijar por peritos la cuantía, para los fines del recurso de casación interpuesto, porque esa fijación que manda practicar el artículo 4° de la citada Ley 90, es para el caso de que de las pruebas del proceso no aparezca el valor de las cosas que son materia del pleito.”

El personero del recurrente de hecho, estima que la prueba en que el Tribunal se basó es incompleta, desde luego que los peritos no dieron un dictamen expreso para fundar su aserto, y que una cosa es la determinación de la cuantía para establecer la competencia del Juez, y otra la fijación de la misma para determinar el derecho de interponer el recurso de casación.

Considera la Corte que, conforme al artículo 4° de la Ley 90 de 1920, el Tribunal, antes de decidir sobre la concesión del recurso, ordenará que por medio de peritos se fije la cuantía de la acción, cuando la demanda no tenga por objeto una cantidad determinada, o cuando de las pruebas del proceso no aparezca el valor de las cosas que son materia del pleito, aunque en la demanda se fije la cuantía.

Ahora bien: en el caso presente el Tribunal halló que existía una prueba pericial, a la cual dieron asentimiento ambas partes sobre el valor del pleito.

No se trata, pues, de la estimación arbitraria de la cuantía que hace el actor en el libelo para determinar la competencia del Juez a quien se dirige, sino de una prueba practicada con todos los requisitos legales, para avaluar el fundo que es objeto del pleito, y, por lo tanto, el Tribunal pudo apoyarse en esa prueba para resolver

que en el proceso existía demostrada la cuantía de la acción y que no era necesario ordenar un nuevo avalúo pericial de ella.

En lo tocante a la exposición pericial, si bien es cierto que los expertos no exponen detalladamente los datos que les sirvieron para el avalúo, si expresan que tuvieron en cuenta todos los elementos que sirven para fijar el valor de la cosa que fue objeto de su dictamen, y la parte interesada no hizo oportunamente uso de su derecho de pedir una ampliación del dictamen, si le pareció deficiente.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que es inadmisile el recurso de hecho mencionado, y ordena que se archive el expediente.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial.

JUAN N. MENDEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo diez y ocho de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

Luis Felipe Bedoya promovió juicio ordinario ante el Juez 2° del Circuito de Armenia contra José María Bedoya, a fin de que se sentenciase:

Primero. Que queda resuelto el contrato de compraventa que se hizo constar en la escritura pública número 208, de fecha treinta de junio de mil novecientos veintiséis, otorgada ante el Notario del Circuito de Quimbaya, que fue celebrado entre el actor, como vendedor, y el demandado, como comprador, y que tuvo por objeto la mitad de un inmueble, que quedó en común y proindiviso, con la otra mitad de propiedad del mismo vendedor; terreno situado en el paraje de El Jardín, fracción de Pueblorrico, en el Municipio de Quimbaya, y alinderado así:

“De una cerca de guadua que hay en una vaga, lindero con predios de Francisco López, por ésta, hasta una chamba; ésta, abajo, lindando con el mismo López, hasta caer a la quebrada de El Jardín; ésta, arriba, lindando con predios de Eloy Loaiza, hasta un mojón de piedra que hay en el lindero con predios de Tomás Londoño; lindero con éste, hasta un mojón que está en una cuchilla; de aquí, lindando con el mismo Londoño, hasta el camino de El Guayabo; por este camino de para abajo, hasta encontrar la cerca de la vaga, lindero con Francisco López, punto de partida.”

Segundo. Que queda resuelto el contrato de usufructo, constituido a favor del demandado en la misma escritura que se deja citada, sobre la mitad del terreno arriba designado, de que quedó dueño el actor.

Tercero. Que el demandado José María Bedoya debe restituir al actor, tres días después de la sentencia, todo el lote que queda alinderado.

Cuarto. Que debe cancelarse el registro de la escritura mencionada arriba.

Quinto. Que el demandado debe pagar al actor los frutos naturales y civiles de la finca reclamada.

Sexto. Que el demandado debe pagar al actor los perjuicios procedentes de la falta de pago del precio de la compraventa.

Séptimo. Que el demandado no tiene derecho a las mejoras que haya hecho en el referido inmueble que le fue vendido, ni al abono de ellas, ni a la prestación de ninguna especie por razón de mejoras, por haber sido poseedor de mala fe.

Son hechos fundamentales de la demanda:

"1° Mi mandante Luis Felipe Bedoya celebró con el señor José María Bedoya un contrato de compraventa de la mitad de la finca que queda alinderada en la petición primera de esta demanda, por medio de la escritura número 208, de treinta de junio de mil novecientos veintiséis, pasada ante el Notario del Municipio de Quimbaya.

"2° Por esa misma escritura mi poderdante Luis Felipe Bedoya constituyó a favor del demandado José María Bedoya, un derecho de usufructo sobre la mitad del expresado terreno, de que quedó dueño mi mandante, y que quedó en común y proindiviso con la mitad que le vendió al demandado.

"3° Por la dicha escritura número 208, Luis Felipe Bedoya le vendió la mitad de la finca a José María Bedoya, y le constituyó usufructo sobre la otra mitad, todo ello por la suma de mil quinientos pesos oro, que fue el precio estipulado en la escritura.

"4° Ese precio de la venta y el usufructo, que fue la suma de mil quinientos pesos oro, no fue pagado por el demandado a mi mandante, sin embargo de que en la escritura se hizo constar que tal precio se había pagado.

"5° Para el pago del precio no había plazo ninguno, sino que era de contado, como se desprende de la misma escritura.

"6° En virtud del contrato celebrado, mi mandante entregó al demandado todo el bien a que dicho contrato se refiere, la mitad, por razón de la venta, y la otra mitad como consecuencia del derecho de usufructo que constituyó sobre ella a favor del demandado.

"7° Por motivo de esa entrega, el demandado tiene en su poder la finca desde el día de la venta, y la está poseyendo y disfrutando.

"8° Por no haber pagado el demandado el precio de la finca y del usufructo, ha causado perjuicios a mi poderdante.

"9° Ante el señor Juez Municipal de Quimbaya, quien fue comisionado por el señor Juez 1° de este Circuito, el demandado José María Bedoya confesó ser cierto que él no había pagado el precio de la finca que compró, ni el precio del usufructo que se constituyó a su favor."

Se aducen en apoyo de la demanda los artículos 1546, 1928, 1929, 1930, 1932, 1934, 1613, 1604 y otros del Código Civil.

El demandado contradijo las acciones.

El Juez sentenció el pleito así:

"1° Declárase resuelto el contrato de compraventa, solemnizado en la escritura número 208, el treinta de junio de mil novecientos veintiséis, autorizada por el Notario del Circuito de Quimbaya, en virtud del cual Luis Felipe Bedoya le vendió a José María Bedoya un derecho de mitad, en un terreno situado en el paraje de El Jardín, en la fracción de Pueblorrico, en la jurisdicción de Quimbaya, con sementeras de café, plátanos, pasto de India y casa de habitación, y comprendido por los siguientes linderos:

'De una cerca de guadua que hay en una vaga, lindero con propiedad de Francisco López, por ésta, hasta llegar

a una chamba; ésta, abajo, lindando con el mismo López, hasta caer a la quebrada de El Jardín; ésta, arriba, lindando con predio de Eloy Loaiza, hasta un mojón de piedra que hay en el lindero con predio de Tomás Londoño; lindando con éste hasta un mojón que está en una cuchilla; de aquí, lindando con el mismo Londoño, hasta el camino del Guayabo; por este camino, de para abajo, hasta encontrar la cerca de la vaga, lindero con predio de Francisco López, punto de partida.'

"2° José María Bedoya está en la obligación de entregarle a Luis Felipe Bedoya, en el término de tres días después de ejecutoriado el auto por el cual se declare la ejecutoria de esta sentencia, el expresado derecho de mitad en el terreno que se ha determinado en el numeral anterior. La entrega se hará libre del derecho de todo gravamen que el comprador le hubiere impuesto con posterioridad a la fecha de la compra.

"3° José María Bedoya está en la obligación de indemnizar perjuicios por falta de cumplimiento de la obligación de pagar el precio convenido en la compraventa del derecho de mitad en mención, y pagará al vendedor Luis Felipe Bedoya los que se fijen en juicio sumario.

"4° José María Bedoya está en la obligación de pagarle a Luis Felipe Bedoya los frutos naturales y civiles del derecho de mitad objeto de la compraventa resuelta, pero sólo los que percibiére después de ejecutoriado el auto en que se declare ejecutoriada esta sentencia. El monto se fijará en juicio sumario, si los percibiére.

"5° José María Bedoya no tiene derecho, como comprador vencido, a que se le abonen las expensas necesarias que hubiere hecho para la conservación de la cosa, ni a que se le abonen las mejoras útiles, ni las voluptuarias.

"6° No hay lugar a declarar resuelto el contrato del derecho de usufructo, solemnizado en la escritura arriba expresada, derecho constituido por Luis Felipe Bedoya a favor de José María Bedoya, sobre el derecho de mitad que el constituyente se reservó al venderle al usufructuario el derecho de mitad que ha sido objeto de la resolución.

"7° No es el caso de condenar al demandado en costas."

Por apelación del demandado, el Tribunal Superior de Pereira, en fallo de fecha diez y siete de septiembre de mil novecientos veintiocho, revocó el de primera instancia, y absolvió al demandado. El actor interpuso casación.

El recurso es admisible, y se basa en la primera causal, que contiene los siguientes motivos:

Primer cargo. Error evidente de hecho en la apreciación de la confesión que hizo el demandado al absolver el interrogatorio de posiciones, presentado por Luis Felipe Bedoya, y contestado ante el Juez Municipal de Quimbaya el trece de agosto de mil novecientos veintiséis. Las preguntas y respuestas correlativas sobre que versa el cargo son éstas:

"1° ¿Cómo es cierto, sí o no, que por escritura número 208, otorgada en esa Notaría de Quimbaya, el treinta de junio del corriente año, yo celebré con usted un contrato de compraventa y de usufructo, referente a una finca de mi propiedad, denominada El Jardín, ubicada en ese Municipio, y alinderada así:

'De una cerca de guadua que hay en una vaga, lindero con predios de Francisco López, por ésta hasta llegar

a una chamba; ésta, abajo, lindando con el mismo López, hasta caer a la quebrada de El Jardín; ésta, arriba, lindando con predios de Eloy Loaiza, hasta un mojón de piedra que hay en el lindero con predios de Tomás Londoño; lindando con éste, hasta un mojón que está en una cuchilla; de aquí, lindando con el mismo Londoño, hasta el camino del **Guayabo**; por este camino, para abajo, hasta encontrar la cerca de la vaga, lindero con predio de Francisco López, punto de partida; negocio que hicimos en la suma de mil quinientos pesos oro?"

Contestó el interrogado:

"Es cierto, compré, o mejor, recibí de Luis Felipe Bedoya en forma de venta, un lote de terreno en este Distrito, que es el mismo de que trata la pregunta, pero como la venta se me hizo acerca de un terreno que en mejor extensión le había asegurado antes simuladamente, el precio que figura en la escritura número 208, o el convenido por nosotros de mil quinientos pesos oro, fue únicamente con el fin de atender al pago de los derechos fiscales."

"2" ¿Cómo es cierto que para el pago de esos mil quinientos pesos no se estipuló plazo, y por lo consiguiente, usted no me los ha pagado?"

Contestó el absolvente:

"Es cierto, pero la causa para no haber fijado plazo, y no haberle pagado aún, fue la ya mencionada, es decir, por haber sido el contrato anterior verificado en forma simulada, y por ser el seguro que figura en la escritura número 208 con el fin único de recuperarme en parte la cosa vendida con el vicio aludido."

El Tribunal apreció en estos términos las dos contestaciones:

"El señor Juez de la primera instancia ha interpretado estas respuestas del demandado en el sentido de que el demandado ha confesado que no pagó el precio, y que como no ha probado las otras circunstancias añadidas, se debe tener su confesión como dividua, y aceptarla únicamente en cuanto confiesa únicamente el no pago del precio. Y concluye de todo esto que el contrato de compraventa debe declararse resuelto."

"No está de acuerdo el Tribunal con esta tesis del señor Juez a quo. En efecto: tomando las posiciones aludidas en su sentido natural, es decir, en el sentido que les quiso dar José María Bedoya, ¿qué es lo que éste ha confesado? Sencillamente lo siguiente: José María Bedoya no ha confesado que él no haya pagado el precio de la venta. Lo que ha afirmado es que ese precio **quedó de hecho pagado**, puesto que se trataba de la devolución de una escritura que contenía un contrato simulado. Cualesquiera que hayan sido las palabras que para expresar su pensamiento haya empleado José María Bedoya en las posiciones, lo cierto, lo evidente, es que eso fue lo que él quiso decir: que el precio ya lo tenía él pagado, puesto que se trataba de recuperar una finca que él había vendido simuladamente. Entender las cosas de otra manera, sería apartarnos de la intención que el absolvente puso en sus palabras, y darles a esas palabras un significado y una trascendencia que no estuvo en el espíritu del absolvente."

"Es verdad que el demandado no ha probado que se tratara de devolver la escritura de una venta ficticia o simulada, porque no ha probado esa simulación. Pero, en todo caso, su confesión forma un todo compacto, cuyos diversos elementos son inseparables unos de otros, de suerte que esa confesión hay que tomarla tal como

fue hecha, y darle el carácter de confesión indivisible, puesto que lo que José María Bedoya ha confesado no es susceptible de aceptarse en parte y rechazarse en parte."

"De todo ello se viene a la conclusión de que José María Bedoya no ha confesado que él no haya pagado el precio de la venta cuya resolución se pide. Su intención, expresada con palabras más o menos claras, ha sido indudablemente la de afirmar que el precio lo considera él como pagado. Y si ello es así, la sentencia debe revocarse, en cuanto ella declaró resuelto, por falta de pago del precio, el aludido contrato de compraventa."

El recurrente ataca la sentencia en el supuesto de error evidente de hecho, con estas razones:

"a) Que la confesión judicial, según doctrina de la Corte Suprema, no puede admitirse como prueba de hechos contrarios al orden físico, legal o moral; y un contrato simulado es contrario a las buenas costumbres."

Esta objeción no versa sobre error de hecho, sino de derecho en la apreciación del Tribunal, porque alegar que una prueba de confesión relativa a hechos imposibles físicamente, o contrarios a la moral o a la ley, es argüir contra su admisión, lo cual es punto de derecho, pero no demostración de que la confesión rendida por el demandado sea divisible.

"b) El demandado confiesa la existencia del contrato de compraventa, celebrado en la escritura número 208 citada, y el no pago del precio, pues al agregar que el contrato es simulado, y que tuvo por objeto recuperar en parte la cosa vendida antes simuladamente al demandante, tanto vale como desconocer la efectividad del contrato y la existencia de la deuda. La circunstancia agregada por el confesante, de que la causa del contrato era la restitución del bien enajenado en venta anterior simulada, constituye una verdadera excepción, y, por tanto, hay que tomar la confesión del demandado como simple y absoluta, una vez que ninguna prueba ha producido el absolvente sobre la simulación del contrato."

Se considera:

Uno es el caso en que el juzgador, dando por confesado un hecho, estime la confesión como explicada y divisible; otro, el punto, muy diferente del anterior, en que el Juez declare que no existe confesión en la declaración que una parte haga respecto de un hecho. En este caso, toda discusión sobre si una confesión tiene o no la calidad de divisible, es ajena al fallo. Lo que entonces se debe demostrar es que en tal declaración de la parte existen los elementos que, conforme a la ley, constituyen la prueba de confesión, sea judicial o extrajudicial, simple o explicada, divisible o indivisible. Las cualidades de un sujeto presuponen la existencia del sustantivo, y ésta la ha negado el Tribunal. Dice así la sentencia:

"De todo ello se viene a la conclusión de que José María Bedoya no ha confesado que él no haya pagado el precio de la venta cuya resolución se pide. Su intención, expresada con palabras más o menos claras, ha sido indudablemente la de afirmar que el precio lo considera pagado."

El recurrente olvida atacar en casación el verdadero fundamento de la sentencia: las declaraciones de José María Bedoya no constituyen confesión judicial.

Segundo cargo. Todo él, en sus varias acusaciones sobre violación de disposiciones legales sobre confe-

sión, es cargo consecuente del primero, y carece por lo mismo de eficacia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide:

1° No es casable la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Pereira, de fecha diez y siete de septiembre de mil novecientos veintiocho; y

2° Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

JUAN N. MENDEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo ocho de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

Luis M. Gaviria, con el consentimiento de su esposa, doña Benilda Pardo, solicitó la necesaria autorización judicial para vender o hipotecar la mitad de una casa de propiedad de esta señora, adquirida por herencia de su madre doña Enriqueta Botero de Pardo, cuya causa mortuoria se protocolizó en la Notaría primera del Circuito de Medellín, bajo el número 1857, el siete de octubre de mil novecientos catorce, situada dicha finca en la ciudad de Medellín, comprendida dentro de los siguientes linderos: por el Oriente, con la calle de Junín; por el Norte, con la calle de Caracas, dando frente al parque de Bolívar; por el Occidente, con solar de don Francisco Restrepo, que era parte de la finca que se alinda, y con propiedad de don Manuel Velásquez; y por el Sur, con propiedad que fue de don Víctor Latorre y que es hoy de don Tulio Ospina.

El Juzgado 2° del Circuito de Medellín, que conoció del negocio, en auto de veintitrés de noviembre de mil novecientos quince, resolvió así la expresada solicitud:

"Los señores Aurelio Vásquez, Balbín Zapata y Gonzalo Velásquez, personas notables en este vecindario, propietarios y testigos idóneos en todo sentido, han declarado, con audiencia del señor Fiscal, acerca de la utilidad y necesidad que le reportan a la señora Pardo de Gaviria las operaciones proyectadas.

"Porque sobre la casa pesa un fuerte gravamen hipotecario de nueve mil pesos oro; porque la casa es de gran extensión, está en comunidad y sólo la habitan los dos esposos y otra comunera, de suerte que ello equivale al pago o gasto de subido arrendamiento, y porque, finalmente, con la venta, permuta o hipoteca a más bajo interés puede utilizarse u obtener mejor provecho la señora Pardo de Gaviria en la compra o consecución de otra casa de adecuadas proporciones que subrogue a la que en la actualidad posee. Además, existe algún compromiso serio, según afirman los esposos peticionarios, que éstos se hallan en la obligación ineludible de cumplir al señor don Tulio Ospina.

"Por tanto, visto el artículo 1810 del Código Civil, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el infrascrito Juez autoriza al señor Luis M. Gaviria para vender, permutar o hipotecar, en conjunto o por lotes, la mitad de la casa, con agua potable, sus dependen-

cias y mejoras y anexidades, de propiedad de su esposa, la señora Benilda Pardo, con tal de que en las escrituras respectivas intervenga la misma señora y se exprese el ánimo de subrogar en los casos de permuta o compra de inmuebles."

Según el certificado del Registrador de instrumentos públicos, que corre a fojas 29 del expediente, al siguiente día, el veinticuatro de noviembre de mil novecientos quince, los esposos Gaviria-Pardo y María Josefa Pardo Botero, dueña ésta de la otra mitad de la finca que viene descrita, vendieron una parte de ella a don Tulio Ospina, por escritura número 2264, otorgada en esa fecha en la Notaría primera del mismo Circuito, venta que es de suponerse que fue efectuada para satisfacer el compromiso ineludible que, según el auto del Juzgado de que se ha hecho mérito, tenían adquirido los vendedores con el comprador, y que constituyó uno de los motivos que tuvo el Juzgado para conceder la referida autorización.

Consta en el proceso que en uso de esa autorización judicial Luis María Gaviria hizo las siguientes operaciones: constituyó primera y segunda hipoteca sobre la mitad de la mencionada finca a favor de don Camilo Restrepo, por escrituras otorgadas en la Notaría de Medellín, bajo los números 1892 de 27 de noviembre de 1918, y 365 de 12 de febrero de 1920, respectivamente: la primera para garantizar dos préstamos sucesivos por dos mil pesos (\$2,000) cada uno. No consta cuándo fueron canceladas esas obligaciones; pero sí consta que el veintinueve de noviembre de mil novecientos veintidós, por la escritura número 2083, otorgada en la misma Notaría, el expresado señor Gaviria hipotecó a favor de Leonor Quevedo de Peña la misma mitad de la finca objeto de las operaciones de que se ha dado cuenta, para garantizar un préstamo de cuatro mil pesos que recibió de dicha señora. Tampoco consta en qué fecha ni con qué dinero cancelaron los esposos Gaviria-Pardo la cuota que les correspondía en el gravamen hipotecario que por nueve mil pesos pesaba sobre la finca arriba descrita, y para lo cual, principalmente, solicitaron el permiso judicial de que se ha hablado, ni consta cuál fuera la cuota de esa suma cuyo pago corría a cargo de ellos.

Entretanto, Gonzalo Gaviria, obrando en representación de su mujer, doña María Josefa Pardo, dueña de la otra mitad de la finca en referencia, demandó a doña Benilda Pardo de Gaviria, representada por su marido Luis M. Gaviria, para que con su audiencia se decretara la división de varias fincas comunes, entre ellas la que arriba queda descrita.

Practicóse la división pedida, que fue aprobada por el Juzgado 1° del Circuito de Medellín, por sentencia de diez y seis de diciembre de mil novecientos veintidós, y la precitada finca quedó dividida en dos lotes de los cuales correspondió a doña Benilda P. de Gaviria el que se marcó con el número 1, con los siguientes linderos: por el frente u Oriente, con la calle de Junín; por el Norte, con la de Caracas; por el Occidente, con propiedad de Paulino Londoño, con la línea que separa este lote del que se marcó con el número 2 y que correspondió a la otra comunera doña María Josefa Pardo de Gaviria.

Por último, el diez de abril de mil novecientos veinticuatro, los precitados Benilda Pardo de Gaviria y Luis M. Gaviria, por una parte, las señoritas Elvira y Mercedes Quintero, por la otra, y la señora Leonor Quevedo de Peña, otorgaron en la Notaría 3ª del Circuito de Medellín

la escritura que lleva el número 793, cuyas principales cláusulas son de este tenor:

Luis M. Gaviria y su mujer dijeron:

"Primero. Que transfieren a las señoritas Elvira y Mercedes Quintero, a título de venta, el derecho de dominio que la otorgante Pardo de Gaviria tiene en una casa de tapias y tejas, con sus mejoras y anexidades, situada en esta ciudad, en la calle de Caracas, y que linda: por el Norte, con la calle de Caracas, en el parque de Bolívar; por el Sur, con propiedad de la señora Pepa Pardo de Gaviria; por el Oriente, con propiedad de los señores Luis M. Gaviria y Benilda Pardo de Gaviria; y por el Occidente, con propiedad del señor Paulino Londoño.

"Segundo. Que el precio de esta venta es la cantidad de cinco mil quinientos pesos (\$ 5,500) oro legal, de los cuales mil pesos (\$ 1,000) pagan al contado y los cuatro mil quinientos (\$ 4,500) restantes, en la forma y términos que se expresarán adelante.

"Tercero. Que el derecho de dominio que transfieren fue adquirido por la otorgante Pardo de Gaviria por adjudicación que se le hizo en un juicio divisorio seguido con la señora María Josefa Pardo de Gaviria, como consta en el respectivo título, el cual no entrega por serio también de otros bienes.

"Cuanto. Que el referido dominio no ha sido enajenado a ninguna otra persona y se halla libre de gravamen, de pleito pendiente, embargo judicial y condiciones resolutorias, pues si es verdad que hasta hoy ha cargado, junto con otros bienes de las vendedoras, con un gravamen hipotecario en favor de la señora Leonor Quevedo de Peña, mujer viuda, mayor de edad y de este mismo vecindario, persona de mi conocimiento, gravamen que consta en la escritura número dos mil ochenta y tres (2,083) de veintinueve de noviembre de mil novecientos veintidós, de la Notaría segunda (2ª) de Medellín, dicha señora concurre a este acto y manifiesta expresamente que da por libre de esa hipoteca el inmueble que es materia de esta escritura.

"Quinto. Que de acuerdo con la ley, se obligan al saneamiento de lo vendido, sea por evicción o por vicios redhibitorios.

"Presentes las señoritas Elvira y Mercedes Quintero, mujeres solteras, mayores de edad, vecinas de este Municipio, a quienes también conozco, dijeron que aceptan esta escritura y el contrato de compraventa en ella contenido, y a su vez expusieron:

"Primero. Que mancomunada y solidariamente se constituyen deudoras solidarias de los señores Luis M. Gaviria y Benilda Pardo de Gaviria, por la suma de cuatro mil quinientos pesos (\$ 4,500), resto del precio de la casa a que se refiere la compraventa anterior.

"Segundo. Que se obligan solidariamente a pagar a sus acreedores en esta ciudad la expresada cantidad, al vencimiento de diez y ocho (18) meses de plazo, contados desde la fecha de este instrumento en adelante.

"Tercero. Que sobre dicha cantidad abonarán intereses a la rata del uno por ciento (1 por 100) mensual, pagaderos por mensualidades vencidas.

"Cuarto. Que en caso de mora y durante ella, abonarán intereses sobre los cuatro mil quinientos pesos (\$ 4,500), a la rata del dos por ciento (2 por 100) mensual.

"Quinto. Que Gaviria y Pardo de Gaviria pueden dar por terminado el plazo antes de la expiración natural de él, si hubiere mora en el pago de los intereses por más de dos mensualidades consecutivas.

"Sexto. Que para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que contraen por la presente escritura, constituyen hipoteca especial en favor de los señores Luis M. Gaviria y Benilda Pardo de Gaviria, en el derecho de dominio que adquieren por este acto, por los linderos expresados."

Después de insertar en este instrumento el auto por el cual el Juzgado 2º del Circuito de Medellín otorgó el permiso judicial de que se ha hecho mérito, se lee al final de esa escritura: "Los vendedores hacen constar el ánimo de subrogar el valor del inmueble vendido por otro que adquieran oportunamente."

El 26 de abril de 1927 fue repartido al Juzgado 2º del Circuito de Medellín el libelo de demanda que dice:

"Yo, Benilda Pardo de Gaviria, mayor y vecina de esta ciudad, obrando con autorización de mi esposo señor Luis M. Gaviria, quien en prueba de que me la concede firma este memorial, hago ante usted la siguiente relación de hechos para fundamentar las peticiones que voy a hacer en este libelo:

"1º Mi hermana Pepa Pardo de Gaviria y yo teníamos en comunidad, con derechos iguales adquiridos por herencia de nuestra madre, una casa situada en esta ciudad, y que linda: Por el Oriente, con la calle de Junín; por el Norte, con la de Caracas, dando frente al parque de Bolívar; por el Occidente, con solar de don Federico Restrepo y que era parte de la finca que se alinda, y con propiedad de don Manuel Velásquez; y por el Sur, con propiedad que fue del señor don Víctor Latorre y hoy es de don Tulio Ospina."

"2º A fines del año de 1915 pesaba sobre el bien común un gravamen hipotecario por una suma de consideración, y para pagar la parte que a mí correspondía en ese gravamen, se pensó vender o hipotecar mi parte en el inmueble. Para hacerlo, mi esposo solicitó y obtuvo la autorización necesaria, la cual le fue concedida por el señor Juez 2º de este Circuito, en lo civil, en providencia de fecha 23 de noviembre de aquel año.

"3º Mi esposo hizo uso de esa autorización, no para vender el inmueble, porque yo no me allané a ello, pero sí para hipotecarlo, como lo hizo en favor de don Camilo C. Restrepo y de doña Leonor Quevedo de Peña, quedando así cumplidos los efectos de esa autorización.

"Más tarde, en el año de 1921, la comunidad que existía entre mi hermana Pepa y yo, se liquidó, y en esa liquidación me correspondió un lote de terreno, con su edificio correspondiente (parte norte del inmueble común), y que linda: por el Oriente, con la carrera Junín; por el Norte, con la calle de Caracas; por el Occidente, con propiedad de Paulino Londoño, y por el Sur, con el lote adjudicado a la señora Pepa Pardo de Gaviria.

"5º Por el hecho de la liquidación de la comunidad y por el de la adjudicación de que trata el ordinal anterior, dejé de ser dueña de la mitad en el bien común, o sea, de la mitad de la casa de que habla el decreto de autorización mencionado en el ordinal segundo, y, en cambio, adquirí el inmueble concreto, determinado en el ordinal anterior, el cual constituye un bien que mi esposo no puede enajenar sin especial permiso del Juez, por ser

de aquellos que la sociedad conyugal debe devolver en especie al cónyuge dueño.

"6° En abril de 1924, nueve años después de expedido el decreto judicial de que he hablado, y después también de la liquidación de la comunidad que tuve con mi hermana Pepa, mi esposo celebró un contrato por el cual vendió a las señoritas Mercedes y Elvira Quintero el derecho de dominio que a mí correspondía en una casa de tapias y tejas, mejoras y anexidades, situada en esta ciudad, en la calle de Caracas, y que linda: 'por el Norte, con la calle de Caracas, en el parque de Bolívar; por el Sur, con propiedad de la señora Pepa Pardo de Gaviria; por el Oriente, con propiedad de los señores Luis M. Gaviria y Benilda Pardo de Gaviria; y por el Occidente, con propiedad de don Paulino Londoño. Ese pacto se hizo constar en la escritura número 713 de 10 de abril de 1924, de la Notaría tercera de este Circuito.

"7° Este inmueble, así determinado, es parte integrante del que a mí se me adjudicó en la liquidación de la comunidad que tuve con mi hermana Pepa; y ese inmueble—lo mismo que el resto de que hace parte—debe devolvérmelo en especie, por lo cual no ha podido el señor Gaviria enajenarlo sin especial autorización judicial. Y no puede alegarse que esa autorización es la concedida en noviembre de 1915, por el Juez 2° de este Circuito, en lo civil, porque ésta se refiere a un bien distinto (la mitad de una casa, o sea la porción que me correspondía en la comunidad con mi hermana), y la venta tiene por objeto parte de un inmueble que adquirí con posterioridad al decreto judicial, por adjudicación que se me hizo en el juicio divisorio seguido con mi hermana Pepa Pardo de G. Si se dijera que la autorización citada es bastante para el contrato que mi esposo celebró con las señoritas Quinteros, cabría la observación de que aquella autorización está sometida a la condición de expresar en la escritura de venta el ánimo de subrogar, condición que no se cumplió en la escritura otorgada con las señoritas Quinteros.

"Como el contrato celebrado por mi esposo con las señoritas mencionadas lesiona mis derechos, y como la formalidad del decreto judicial, como indispensable para la validez de esa especie de contratos, se estableció por la ley en beneficio de la mujer, me veo en el caso de pedir la nulidad del contrato, y es ese el objeto de esta demanda.

"Fundada en lo expuesto, obrando en mi nombre, demandando en juicio ordinario a las señoritas Elvira y Mercedes Quintero, solteras, mayores de edad y vecinas de este Municipio, para que, previa la tramitación correspondiente, con citación de ellas, se declare por usted lo siguiente:

"Primero. Que es nulo, con nulidad relativa, el contrato contenido en la escritura número setecientos noventa y tres, de diez de abril de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría tercera de este Circuito.

"Segundo. Que en virtud de la declaración anterior, las cosas deben volver al estado que tenían antes del otorgamiento de la escritura citada en la petición anterior, y, en consecuencia, que las demandadas deben restituirme la casa materia del contrato contenido en la escritura citada, en el estado en que la recibieron y previas las restituciones mutuas a que haya lugar.

"Tercero. Que las demandadas deben pagarme las costas de este juicio.

"La causa o razón de esta demanda la constituye el hecho de haberse omitido en el contrato acusado la autorización judicial necesaria para la celebración de ese contrato.

"Como razones de derecho, enumero éstas, como principales: ni la mujer, ni el marido, ni ambos juntos, podrán enajenar los bienes raíces de la mujer, sino en ciertos casos y con determinadas formalidades. Artículo 189 del Código Civil.

"No se pueden enajenar los bienes raíces de la mujer que el marido esté obligado a devolver en especie, sino con voluntad de la mujer y previo decreto judicial dado con conocimiento de causa. Artículo 1810 *ibidem*.

"Es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para la validez del mismo acto o contrato, según su especie o el estado de los contratantes. Artículo 1743 *id.*"

Los demandados dijeron, en lo pertinente:

"Contestamos en esta forma:

"1° Como no nos consta este hecho lo negamos.

"2° Como no nos consta la primera parte de este hecho, la negamos. Reconocemos como verdadera la segunda parte.

"3° No nos consta la verdad de este hecho y por eso lo negamos.

"4° Nosotras no aceptamos como verdadero sino que la señora Pardo de Gaviria fue propietaria del inmueble que especifica y que de él hace parte el que el señor Gaviria nos vendió.

"5° Nos referimos a lo que digan las diligencias mencionadas y reconocemos como verdadero lo que de ellas resulte. Las consecuencias jurídicas no hay porqué contestarlas desde que son conceptos materia de los alegatos.

"6° Es cierto este hecho.

"7° Lo que son hechos en este punto lo aceptamos. No estamos de acuerdo en las apreciaciones jurídicas. Pero la señora de Gaviria debe leer mejor la escritura para que vea que si se expresó el ánimo de subrogar el valor. Lo hemos subrayado con rojo para que lea más fácil."

En primera instancia terminó el juicio con la sentencia de seis de febrero de mil novecientos veintiocho, cuya parte resolutive dice:

"El Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de petición antes de tiempo.

"Se condena en costas a la actorá; los trabajos en derecho de las demandadas se aprecian en trescientos pesos."

La demandante apeló de esa sentencia y el Tribunal Superior de Medellín la confirmó por medio de la suya de veintitrés de agosto del mismo año, con el voto disidente del Magistrado doctor Ignacio Duque, quien opina que se debió reformar la sentencia de primera instancia y absolver definitivamente a las demandadas.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación, y la Corte procede a fallarlo, declarando, previamente, que es admisible.

La demandante alega las causales primera, segunda y tercera de casación; pero como la tercera la hace consistir en error de hecho en la apreciación de las pruebas, claramente se ve que esto no es una causal sino un simple motivo más en que apoya la primera.

Para sustentar la segunda causal alega esta parte recurrente "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas en oportunidad por las partes, a causa de haber dejado de resolver el punto capital, materia de la acción establecida"; y al efecto dice:

"La señora Pardo de Gaviria demandó la nulidad del contrato de compraventa celebrado el 10 de abril de 1924 con las señoritas Elvira y Mercedes Quintero, sobre una casa situada en Medellín, más la restitución de ésta a su favor, a causa de haber sido enajenada sin sujeción a las reglas que sobre la materia dan el Código Civil y el Judicial. Las demandadas contestaron el libelo limitándose a negar el derecho de la actora y a consignar algunas frases injuriosas para los esposos Gaviria-Pardo. Agotados los trámites ordinarios del juicio respectivo, el juzgador no podía hacer otra cosa que reconocer o negar el derecho alegado. Sin embargo, la solución ha sido otra, pues tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal, saliéndose de la pauta legal, cayeron en el error de fallar la excepción de petición antes de tiempo que no había sido propuesta, y dejando en suspenso el fondo de la controversia.

"Esta actitud de la sentencia recurrida ha violado abiertamente el principio universal e inmanente de tramitación consagrado por el artículo 835 de nuestro Código Judicial."

Como se ve, el concepto del recurrente es que ni el Juzgado ni el Tribunal pueden reconocer la excepción de petición antes de tiempo, por no haber sido invocada. Para rechazar este cargo, basta hacer valer el precepto que consagra el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, según el cual "cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida; sin embargo, respecto de la excepción de prescripción es preciso que se alegue, cosa que puede hacerse en cualquier estado de la causa."

Ahora, si el recurrente estima que no era el caso de reconocer la excepción de petición antes de tiempo por no estar justificados los hechos que la constituyen, la acusación debió haberse hecho por la primera causal, no por la segunda.

La parte demandada también alega, como única causal de su recurso, la segunda del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas en oportunidad por las partes, pues dice: "la sentencia proferida por el Tribunal ha debido ser absolutoria de los demandados pura y simplemente porque los elementos que obran en el expediente, apreciados debidamente por el Tribunal de Medellín, conducen lógicamente a esa absolución y no era el caso de entrar a declarar probada la excepción de petición antes de tiempo por no haber sido apelada la sentencia de primera instancia por las demandadas."

Los conceptos del Tribunal, a que este cargo se refiere, son los siguientes:

"Lo dicho basta para demostrar que la acción propuesta no ha prosperado; por ello no cabe estudiar las excepciones que pudieran deducirse con respecto a la petición antes de tiempo por incapacidad de la demandante, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1750 citado, ni en consideración al dolo de parte de ésta en la celebración del contrato, consideraciones que aprecia el fallo

de primer grado, el que reconoce implícitamente la viabilidad de la acción, puesto que declaró probada la excepción de petición antes de tiempo, con fundamento en el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, declarando a tal efecto que la actora puede alegar la nulidad dentro de los cuatro años después de disuelta la sociedad conyugal.

"Tal declaratoria es de cierto modo incorrecta, porque sólo cuando hay acción se decide sobre las excepciones propuestas o reconocibles de oficio, de acuerdo con la disposición últimamente citada.

"Lo hasta aquí dicho conduciría lógicamente a pronunciar la absolución de las demandadas; mas como éstas no apelaron, por tal hecho aceptaron el reconocimiento que la sentencia hace de la petición antes de tiempo, quedando así ejecutoriada para ellas ese reconocimiento.

"Además, la apelación sólo ha de entenderse en lo desfavorable al apelante, y el superior no puede enmendar o revocar la sentencia o auto apelado en la parte que no es objeto del recurso. (Artículo 15 de la Ley 169 de 1896)."

El recurrente dedica sus argumentos a demostrar que el fallo debió ser absolutorio y que no era el caso de declarar que la petición de la demanda se ha hecho antes de tiempo, que sólo se refiere a la sentencia de primera instancia, no a la que es materia del recurso que, si bien confirma aquella, no es porque prohíbe las razones en que ella se funda, sino por estimar que sobre ese punto la sentencia es intocable por no haber sido apelada por la parte demandada, que es a quien perjudica el reconocimiento de la mencionada excepción, concepto que es el único fundamento del fallo sobre este punto y que la Corte no puede entrar a examinar por no estar acusado.

Primera causal.

Para el estudio de los motivos en que se apoya esta causal, alegada por la parte demandante, se comienza por el de "error de hecho en la apreciación de las pruebas presentadas por la actora," propuesto como tercera causal, y que contiene dos cargos, a saber:

"1º La piedra angular sobre la cual descansa todo el edificio de esta discusión—dice el recurrente—es la falta de licencia judicial especial para vender la casa de propiedad de la señora Pardo de Gaviria. Para demostrar la ausencia de esta ritualidad, se presentó al juicio una copia autenticada del decreto expedido por el Juez 2º de Medellín, el día 23 de noviembre de 1915, que fue el que se presumió estar en vigencia para usarlo indefinidamente en cuantos actos de disposición o de administración les viniese en capricho a los esposos Gaviria Pardo, juntos, o al señor Gavira, marido de doña Benilda.

"Digo que hubo error de hecho en la apreciación de esa prueba, porque, debido a la falta de lectura cuidadosa y analítica, se le otorgó por los juzgadores un valor que no tenía desde el día en que desapareció el derecho real inmueble contemplado en la providencia-permiso del Juez de Medellín, para darle paso a un derecho completamente diferente.

"2º. También hubo error de hecho en la apreciación del certificado del Registrador de instrumentos públicos y privados de Medellín (folio 29 del cuaderno principal), por cuanto ni se hizo de él la menor mención en ninguna de las sentencias con que concluyó el juicio de que hablo, no obstante constituir un elemento probatorio precioso, como que de él se deduce que al día siguiente de obteni-

da la licencia judicial por los esposos Gaviria-Pardo, éstos se apresuraron a hacer uso de ella enajenando parte de la comunidad sobre la cual tenían derecho. Dicho certificado reproduce la síntesis de la escritura número 2264 de la Notaría de Medellín, otorgada el 24 de noviembre de 1915 entre aquéllos y el señor don Tulio Ospina."

Respecto del primer cargo, que clara y terminantemente lo funda el recurrente en que a la copia autenticada del decreto expedido por el Juez 2º de Medellín el día 23 de noviembre de 1915 "se le otorgó por los juzgadores un valor que no tenía, basta su sola enunciación para desecharlo, porque es de derecho y no de hecho el error en que se incurre al dar a determinada prueba un valor que no tiene, según la ley, o un valor distinto del que la ley le asigna. (Casación de 31 de mayo de 1911, *Gaceta Judicial*, XIX, 346, 1º).

Respecto del segundo cargo, se observa que la autorización concedida por el Juzgado 2º del Circuito de Medellín en su decreto de 23 de noviembre de 1915, tuvo por objeto, según su parte motiva, que doña Benilda P. de Gaviria pudiera pagar la cuota que le correspondía en los nueve mil pesos oro a interés que pesaban sobre la finca con gravamen hipotecario; que siendo esa finca de grande extensión y hallándose habitada solamente por tres personas (los esposos Gaviria Pardo y la otra comunera), pudiera reportar mayor provecho doña Benilda vendiendo la mitad de la finca que le correspondía para adquirir otra casa de más adecuadas proporciones; y, además, para que pudiera satisfacer el serio compromiso que los referidos esposos estaban ineludiblemente obligados a cumplirle a don Tulio Ospina. Para el cumplimiento de ese compromiso fue que los esposos Gaviria Pardo se apresuraron a otorgar la escritura número 2264 citada por el recurrente, y cuya síntesis reproduce el certificado a que este cargo se refiere, dejando así satisfechos uno de los objetos para los cuales les fue concedido el permiso judicial en referencia. Como el recurrente no ha demostrado que con el otorgamiento de esa escritura quedaron satisfechos todos los fines para los cuales se concedió la autorización judicial de que se trata, el cargo que se examina carece de fundamento.

Ya se dijo al considerar el motivo que precede, que las razones en que se fundó el Juzgado 2º del Circuito de Medellín para conceder la autorización judicial de que se trata, corresponden a distintos motivos o necesidades diversas allí enumeradas, entre las que figuran, la de pagar la suma de nueve mil pesos, por la cual se hallaba hipotecada la finca y la de cumplir un serio e ineludible compromiso que los esposos Gaviria-Pardo tenían contraído con don Tulio Ospina. Así pues, para que pudiera prosperar el cargo de que por el hecho de que al día siguiente del en que se concedió la licencia judicial, los expresados esposos hicieron uso de ella otorgando a favor de don Tulio Ospina la escritura a que se refiere el recurrente, quedó caducada dicha licencia; sería necesario que se hubiera demostrado que en la operación realizada por medio de esa escritura desaparecieron todas las razones de necesidad y de conveniencia que la motivaron.

Por lo demás, en este capítulo del alegato que se examina, lo que se comenta y analiza es la legalidad de los contratos celebrados por los esposos Luis M. Gaviria y Benilda Pardo de Gaviria, en uso de la precitada licencia judicial, pero no, propiamente hablando, una demanda de casación de la sentencia recurrida, ajustada a las normas del artículo 9º de la Ley 90 de 1920..

b) Violación del artículo 749 del Código Civil.

Para demostrar la violación de este artículo razona así el recurrente:

"Según lo previsto por el artículo 1810 de la misma obra, no podrá enajenarse o hipotecarse un bien raíz de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir indenticablemente, sino con decreto de Juez pronunciado con conocimiento de causa. La sanción del artículo 749, copiado atrás, refuerza la conclusión de la misma ley cuando establece que es nulo todo acto o contrato al cual le falta alguno de los requisitos que ella prescribe, ora por la naturaleza del mismo acto o contrato, ora por la calidad o estado de las partes. Por consiguiente, si los esposos Gaviria-Pardo hicieron transgresión del artículo 749 del Código Civil, pretermitiendo una de las formalidades inherentes a la enajenación de inmuebles de mujer casada, las compradoras señoritas Quinteros no adquirieron el dominio que se pretendió transmitir con la escritura número 793 de 10 de abril de 1924, otorgada ante el Notario 3º del Circuito de Medellín.

"Dice el Tribunal que concedida una licencia general (son palabras textuales de esa ilustre corporación), como la de que aquí se trata para vender, permutar o hipotecar, las operaciones que se hagan en ejercicio de esa licencia, son válidas. A penas se ha escuchado un dislate mayor de labios de una entidad creada para enmendar los voluntarios o involuntarios desafueros de los Jueces subalternos. La autorización, permiso o licencia que un Juez otorga para hacer excepción razonable a la prohibición preconizada por el artículo 1810 del Código Civil, nunca puede ser general o indeterminada. Esto repugnaría al espíritu vigilante y desconfiado que informa a la ley, y a la manera categórica en que se expresa, cuando en el inciso 1º de esta disposición advierte que el decreto judicial debe ser con conocimiento de causa. ¿Será posible que haya Magistrado o funcionario, por sagaz y brillante que se le crea, que se entere de los múltiples y variados motivos que un marido tenga en un lapso de diez o veinte años, durante el cual amañadamente haga uso de una licencia concedida para enajenar o hipotecar bienes de su mujer?

"Cuando la ley habla de conocimiento de causa, el sentido común entiende que se trata de la noticia cierta, clara, definitiva y detallada del hecho que motiva la sanción o fenómeno jurídico. Las causas hipotéticas no existen."

"Ya se ha visto en lo que se acaba de transcribir, que el concepto del Tribunal que motiva este cargo, es el siguiente, que se reproduce de la sentencia recurrida:

"Así, si el Juez concede una licencia general, como la de que aquí se trata, para vender, permutar o hipotecar, las operaciones que se hagan en ejercicio de esa licencia son válidas, porque la ley lo que exige es que no se hagan sin permiso judicial, y en el presente caso se llenó tal requisito."

La Corte no halla demostrado en qué concepto ha sido violado por el Tribunal en este pasaje de la sentencia, el precepto que consagra el artículo 749 del Código Civil, citado por el recurrente, que es de este tenor:

"Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas."

Ahora, si lo que se trata de demostrar es que el Tribunal estimó cumplida la formalidad de la licencia judicial

sin la prueba legal de ese acto, o por mala apreciación de dicha prueba, la acusación debió formularse en ese sentido, pero el cargo por violación directa del citado artículo 749, que es el que aquí aparece formulado, es infundado.

Violación del inciso 3° del artículo 1741 del Código Civil.

Dice el recurrente:

"Concedido que adolece de nulidad relativa un contrato como el que ha ocasionado esta controversia, debió la sentencia del Tribunal declarar la rescisión del mismo en acatamiento a lo dispuesto en el inciso final del artículo invocado aquí; sin embargo, el Tribunal de Medellín, girando velozmente dentro de una órbita de contradicciones, desconoce la existencia de la nulidad alegada, pero abona al actor el derecho de demandar la nulidad aparejada por los actos y contratos de incapaces en que no se ha faltado a las formalidades y requisitos necesarios, sancionados por el artículo 1745 del Código en mención.

"En el análisis que se haga del artículo 1810, se comprenderá el alcance de la transgresión acusada aquí."

Se observa: el recurrente no señala, como lo ordena la ley, los conceptos contradictorios que le atribuye al Tribunal como motivo de este cargo. En ninguna parte de la sentencia se halla el concepto en que esa entidad falladora admita que el contrato que es materia de esta litis adolece de nulidad relativa; al contrario, en los últimos párrafos de la parte motiva se lee lo siguiente:

"Lo dicho basta para demostrar que la acción propuesta no ha prosperado; por ello no cabe estudiar las excepciones que pudieran deducirse con respecto a la petición antes de tiempo por incapacidad de la demandante, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1750 citado, ni en consideración al dolo de parte de ésta en la celebración del contrato, consideraciones que aprecia el fallo de primer grado, el que reconoce implícitamente la viabilidad de la acción, puesto que declaró probada la excepción de petición antes de tiempo, con fundamento en el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, declarando a tal efecto que la actora puede alegar la nulidad dentro de los cuatro años después de disuelta la sociedad conyugal.

"Tal declaratoria es de cierto modo incorrecta, porque sólo cuando hay acción se decide sobre las excepciones propuestas o reconocibles de oficio, de acuerdo con la disposición últimamente citada.

"Lo hasta aquí dicho conduciría lógicamente a pronunciar la absolución de las demandadas; mas como éstas no apelaron, por tal hecho aceptaron el reconocimiento que la sentencia hace de la petición antes de tiempo, quedando así ejecutoriada para ellas ese reconocimiento.

"Además, la apelación sólo ha de entenderse en lo desfavorable al apelante, y el superior no puede enmendar o revocar la sentencia o auto apelado en la parte que no es objeto del recurso (artículo 15, Ley 169 de 1896)."

Claramente se ve que no existen las contradicciones de que habla el recurrente, pues si bien es cierto que confirma la sentencia de primera instancia que declara probada la excepción de petición antes de tiempo, fundada en el concepto de que existe una nulidad relativa que la demandante no puede hacer valer mientras se halle bajo la potestad marital (artículo 1750 del Código Civil), el Tribunal condena este concepto del Juzgado; y si mantiene lo fallado sobre ese punto, es únicamente porque estima que en esa parte la sentencia quedó ejecutoriada,

ya que tal declaración sólo perjudica a la parte demandada, que no apeló de esa sentencia, razón que no ha sido atacada en casación. Por lo visto, el cargo carece de fundamento.

Violación del artículo 1810 del Código Civil.

Como violatorio de este precepto legal señala el recurrente el siguiente concepto del Tribunal:

"Habiendo concurrido la voluntad de la señora Pardo de Gaviria, y la autorización judicial, están cumplidas las exigencias del artículo 1810 del Código Civil."

No dice el recurrente en qué concepto ha sido violada esta disposición. Por la forma en que se hace el cargo, parece que la acusación es por violación directa de este artículo; pero de las razones dadas en desarrollo del cargo, se colige que el sentido de la acusación es por violación indirecta a causa de error de derecho en la apreciación de la licencia judicial, inserta en la precitada escritura número 713 de 19 de abril de 1924.

Dice así el recurrente:

"Vamos a demostrar que la autorización judicial que se señala como eficaz, carece de las virtudes indispensables para producir efectos civiles.

"En primer término, de ella se hizo uso enajenando a favor de don Tulio Ospina una considerable porción de la comunidad vinculada en parte a la casa que aparece hoy como de propiedad de las demandadas señoritas Quinteros, según se enseña con prueba convenientemente surtida durante el juicio.

"En segundo lugar, la licencia concedida por el Juez 2° de Medellín en el año de 1915, no fue solicitada para la enajenación de un cuerpo cierto sino de unos derechos sobre una cosa común.

"Respecto de esta segunda circunstancia, debe tenerse en cuenta que en el ánimo de un Juez obra de modo distinto la situación del dueño de unos derechos sobre finca indivisa, que la posición comercial del dueño de cosa específica, cierta e independientemente. El manejo o administración de los primeros está sometido a las contingencias de una pluralidad de voluntades heterogéneas. El cuidado o goce de una cosa simple no ofrece de ordinario ninguna complicación, salvo las dificultades inherentes al uso de la misma cosa. Por tanto, si el Juez debe mostrarse celoso y exigente en la comprobación de la necesidad o utilidad de la enajenación de un bien común, mucho más, muchísimo más, ha de serlo cuando se trata de inmueble determinado.

"En el caso actual, el Juez tuvo en cuenta, como cosa que le llamase poderosamente la atención, que los esposos Gaviria-Pardo fuesen dueños en una comunidad, y aún más, que viviesen en la misma casa con la otra comunera. Estas minucias hablan elocuentemente en el sentido de que no tuvo conocimiento de la causa próxima de todas las operaciones comerciales que los agraciados llevarían a cabo varios años después de otorgada la licencia.

"Y aquí se ofrece campo propicio para definir por vez primera en la honorable Corte Suprema de Justicia un punto de extraordinario interés. ¿Por cuánto tiempo debe tenerse como hábil una licencia judicial para enajenar o hipotecar?

"La ley guarda silencio y deja al intérprete el examen de la cuestión sobre la base de los elementos jurídicos que entran en juego en esta función de los Jueces."

Después de algunos otros argumentos y citas de expositores, termina así:

"Resumiendo lo anterior, podemos concluir en el siguiente principio: **Obrar sin autorización suficiente oportuna equivale a pretermitir la formalidad del decreto del Juez, de que trata el artículo 1810 del Código Civil.**"

Se observa:

No corresponde a la Corte hacer declaraciones como la que dé ella invoca el recurrente, excitándola a llenar un vacío que él cree hallar en la ley: los efectos que, en sus respectivos casos, haya de producir una licencia judicial para enajenar o hipotecar bienes, en cuanto a su duración o cualquier otro extremo, es una cuestión de hecho, sujeta a apreciación y decisión del juzgador, en cada caso especial, y en lo que concierne a lo que es materia de este fallo, ya se ha dicho que de acuerdo con los fundamentos del decreto judicial en que se concedió la autorización a que se refiere el recurrente, ésta tendía a satisfacer varias necesidades, entre las cuales se hizo valer en dicho decreto la del compromiso serio que los esposos Gaviria Pardo tenían, "la obligación ineludible de cumplir al señor don Tulio Ospina ese compromiso"; obligación que dichos esposos se apresuraron a cumplir al día siguiente de otorgada la autorización, por medio de la escritura que cita el recurrente en el cargo que se examina; pero quedó pendiente, sin haber sido satisfecho, el otro motivo que sirvió de principal fundamento al precitado decreto, es, a saber: "que sobre la casa pesa un fuerte gravamen hipotecario por nueve mil pesos oro; y porque, finalmente, con la venta, permuta o hipoteca a más bajo interés, puede utilizarse u obtener mejor provecho la señora Pardo de Gaviria en la compra o consecución de otra casa de adecuadas proporciones que subrogue a la que en la actualidad posee." No es, pues, exacto que el permiso en referencia quedara sin otro efecto por el uso que de él se hizo para darle cumplimiento al compromiso ineludible contraído con don Tulio Ospina.

En cuanto a lo segundo, basta observar que la misma parte demandante, cuyo recurso se examina, presentó, con el libelo de demanda, copia debidamente registrada de la escritura número 1011, de la Notaría 4ª de Medellín, de fecha 19 de diciembre de 1921, que demuestra claramente que la finca vendida a las señoritas Quintero corresponde, precisamente, a la mitad de la finca descrita en el mencionado decreto judicial, que autorizaba su venta.

Seguidamente dice el recurrente:

"Ahora, haciendo caso omiso del radio de acción que se le ha marcado a este artículo en la conciencia jurídica colombiana y chilena y reduciéndonos a la fórmula en que se halla concebido el permiso del Juez, es preciso hacer algunas observaciones que consulten la intención del que pidió la licencia y del que la concedió."

Agrega:

"Se trata de la locución empleada en el decreto del Juez 2º del Circuito de Medellín, dictado en 1915 para autorizar la enajenación, permuta o hipoteca de unos derechos reales pertenecientes a la señora doña Benilda. Y digo que no se ha prestado suficiente atención, ni se le ha concedido la importancia que el asunto reclama, al uso de la forma disyuntiva elegida por el Juez que otorgó el permiso solicitado."

Continúa el alegato con una disertación gramatical sobre este tema, sin concretar un cargo propiamente dicho, en el sentido de este recurso, y termina así:

"Probado que la forma disyuntiva no permite la coexistencia o acción simultánea de los elementos disyuntos, resta saber, si jurídicamente, hecho uso de una de las tres autorizaciones—vender, permutar e hipotecar—puede hacer uso luego de la misma licencia primitiva.

"Finalmente demuestra que no se podía en 1924 poner en práctica la autorización judicial de 1915, el hecho intermedio ocurrido en 1921, del cual ya se hizo mérito. En verdad, el título que sirvió a los esposos Gaviria-Pardo para alcanzar el permiso judicial del Juez 2º del Circuito de Medellín, no tenía existencia legal cuando se llevó a cabo la venta a las señoritas Quinteros, porque una sentencia de adjudicación en un juicio divisorio posterior, sustituyó al primero en conformidad con lo que manda el artículo 775 del Código Civil. Y lo grave es que en la escritura otorgada por los esposos narrados y por las señoritas Quintero, en vez de callar la circunstancia que en este párrafo se denuncia, para ampararla del vicio de nulidad, dice con clamor en su cláusula tercera: 'Que el derecho de dominio que transfieren fue adquirido por la otorgante Pardo de Gaviria por adjudicación que se le hizo en un juicio divisorio seguido con la señora María Josefa Pardo de Gaviria, como consta en el respectivo título, etc.'

"Y este es el argumento que intencionalmente he dejado a últimas para interesar el ilustrado criterio de la honorable Corte. Con él solo basta para deshacer cuanto en las instancias anteriores se hizo para desconocer el derecho de mis poderdantes.

"¿Cómo y porqué, sabiendo las compradoras y los vendedores que el derecho de dominio que en aquella fecha traspasaban era de origen posterior a la licencia obtenida tantos años atrás, se aventuraban en las encrucijadas de una nulidad por falta de autorización suficiente y oportuna? El Código Judicial dispone, por extensión, en su artículo 1462, que a la solicitud del marido debe acompañarse el título de propiedad de los bienes que pretenda enajenar, gravar o empeñar. Y si este requisito es indispensable, era físicamente imposible que el señor Gaviria hubiera presentado al Juez que iba a conocer de la licencia, el título que varios años después se expidió a su esposa, y que fue el referido en la escritura de venta hecha a las señoritas Quinteros.

"Aquí estriba la cuestión que se plantea. En nuestro sentir, para disponer del nuevo dominio emanado de la sentencia que puso fin al juicio divisorio de 1921, era indispensable que interviniese una licencia distinta, especial y dada, con conocimiento de causa, tanto más cuanto con la licencia de 1915 ya se había hecho uso, no solamente disponiendo o enajenando, sino hipotecando en diferentes ocasiones. Por demasiado 'general' que se suponga una autorización judicial, no puede concedérsele tanta elasticidad que llegue hasta dar al traste con la protección que la ley dispensa a la mujer casada. Tanto las disposiciones sustantivas como adjetivas, y tanto las precauciones tutelares del derecho clásico como del contemporáneo, rechazan la concepción de una licencia 'general' de que trata el Tribunal de Medellín (folio 58)."

Como lo anuncia el mismo recurrente, estas son meras observaciones que, propiamente hablando, no constituyen un motivo de casación, toda vez que, por ejemplo, en lo referente al uso de la forma disyuntiva elegida por el Juez que otorgó el permiso, en su auto de 23 de noviembre de 1915, la observación tiende a demostrar un error de hecho en la apreciación de ese auto, error que no está acusado en este pasaje del alegato.

Toda esta argumentación muy atendible y hábilmente expuesta, como alegato de instancia, carece de eficacia en este recurso, que por su propia naturaleza está regido por reglas que de manera estricta ha establecido el legislador, especialmente, en el artículo 9° de la Ley 90 de 1920.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, dictada en la presente causa por el Tribunal Superior de Medellín el veintitrés de agosto de mil novecientos veintiocho.

No hay lugar a hacer especial condenación en costas porque el recurso fue interpuesto por ambas partes.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo trece de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

La señorita María de Jesús Duque demandó, por conducto de apoderado, al señor Roberto Duque D., para que en sentencia definitiva se declarase lo siguiente, según palabras textuales de dicho apoderado:

“Primero. Que pertenece a mi poderdante, señorita María de Jesús Duque, el pleno dominio de la casa alta y baja, con sus tiendas anexas, situada en esta ciudad de Bogotá, en la cuadra diez y ocho de la carrera séptima, señalada en su puerta principal con el número seiscientos treinta y dos (632) y en las de las tiendas con los números 626, 628, 630, 634 y 636, y que linda así:

‘Por el Occidente, con la cuadra diez y ocho de la carrera séptima; por el Norte, con casa de la misma sucesión de los señores Mariano Duque Gómez y Carmen Duque de Duque y con casa de los herederos del finado doctor Demetrio Rey Rodríguez; por el Oriente, con casa de la misma sucesión, y por el Sur, con la misma casa que acaba de expresarse y con casa del señor Eleuterio Hernández.’

“Segundo. Que dicho demandado, señor Roberto Duque D., debe restituírle a mi poderdante, señorita María de Jesús Duque, dentro del término que usted fije, la referida casa, con excepción de las tiendas anexas, por la situación y linderos mencionados antes, junto con los frutos civiles y naturales de dicha casa, y no solamente los percibidos sino los que mi poderdante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad estando en su poder. Tales frutos debe pagarlos dicho demandado desde el día treinta de abril de mil novecientos veintiuno, fecha desde la cual tiene en su poder indebidamente la referida finca, de cuya reivindicación se trata.

“Tercero. Que dicho demandado, señor Duque D., debe pagarle a mi poderdante los deterioros que haya sufrido la referida finca desde que la tiene en su poder y los daños y perjuicios que se le hayan causado.

“Cuarto. Que dicho demandado, señor Duque D., debe pagarle a mi poderdante las costas que se causen en el presente juicio.”

Los hechos en que se funda la demanda son éstos:

“1° En que mi poderdante señorita María de Jesús Duque es dueña de la referida casa alta y baja, con sus tiendas anexas, situada en esta ciudad de Bogotá, en la cuadra diez y ocho de la carrera séptima, señalada en su puerta principal con el número seiscientos treinta y dos y en las de las tiendas con los números 626, 628, 630, 634 y 636, y que linda así:

‘Por el Occidente, con la cuadra diez y ocho de la carrera séptima; por el Norte, con casa de la misma sucesión de los señores Mariano Duque Gómez y Carmen Duque de Duque y con la casa de los herederos del finado doctor Demetrio Rey Rodríguez; por el Oriente, con casa de la misma sucesión, y por el Sur, con la misma casa que acaba de expresarse y con casa del señor Eleuterio Hernández.’

“Dicha finca le fue adjudicada a mi poderdante en la sucesión de sus padres señores Mariano Duque Gómez y Carmen Duque de Duque, protocolizada en la Notaria 2° de Bogotá, con fecha doce de octubre de mil ochocientos noventa y siete, bajo el número 1807, como así consta en la hijuela que en copia debidamente registrada obra en autos.

“2° En que mi nombrada poderdante señorita María de Jesús Duque ha poseído la referida finca de que trata el hecho anterior, quieta y pacíficamente, sin interrupción, desde que le fue adjudicada, y ha ejercido sobre tal finca actos de dominio como señora y dueña. Esta posesión regular queda acreditada con los certificados del Registrador de instrumentos públicos y privados de este Circuito, que obran en estos autos.

“3° En que desde el treinta de abril del año próximo pasado de mil novecientos veintiuno, el demandado señor Roberto Duque D. retiene en su poder, sin derecho alguno, la referida finca de que tratan los hechos anteriores, con excepción de las tiendas anexas a dicha finca, diciéndose dueño de ella, y no ha querido entregarla a pesar de las repetidas instancias con que se la he reclamado en nombre de mi poderdante.

“4° En que dicho demandado, señor Roberto Duque D., no le ha dado a mi poderdante los frutos civiles y naturales que la referida finca de que tratan los hechos anteriores ha debido producir desde que está en su poder, y no solamente los percibidos sino los que mi poderdante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad estando dicha finca en su poder; y

“5° En que dicho demandado señor Duque D. es responsable de los deterioros que se causen en la referida finca de que trata esta demanda, desde que está en su poder, o sea desde el treinta de abril del año próximo pasado de mil novecientos veintiuno, asimismo como de los daños y perjuicios que se le hayan causado a mi poderdante por esta causa.”

Agregó el apoderado:

“El derecho, causa o razón para intentar esta demanda lo consagran los artículos 757, 762 y 789 del Código Civil, Título 12, Libro 2°, del ibidem, 236 y siguientes;

929 y siguientes del Código Judicial, y demás disposiciones concordantes."

El señor Duque no contestó la demanda; propuso por conducto de apoderado unas excepciones dilatorias, que le fueron rechazadas por extemporáneas, y luego alegó en la primera mitad del término probatorio las excepciones de falta de acción, "puesto que nada retiene el demandado que sea de la señorita María Duque, mencionada"; ilegitimidad de la personería, petición antes de tiempo o de un modo indebido, prescripción de la acción ejercitada y la de "todo hecho que resulte justificado en los autos y constituya excepción perentoria."

El señor Juez 6° del Circuito de Bogotá, en sentencia de seis de diciembre de mil novecientos veinticuatro, desató así la controversia:

"1° Pertenece a la señorita María de Jesús Duque, en pleno dominio, la casa alta y baja situada en esta ciudad, en la cuadra diez y ocho de la carrera séptima, señalada en su puerta principal con el número seiscientos treinta y dos (632), y deslindada así: por el Occidente, la cuadra diez y ocho de la carrera séptima; por el Norte, la casa de la misma sucesión de los señores Mariano Duque Gómez y Carmen Duque de Duque y casa de los herederos del finado doctor Demetrio Rey Rodríguez; por el Oriente, casa de la misma sucesión, y por el Sur, la misma casa que acaba de expresarse y casa del señor Eleuterio Hernández.

"2° El señor Roberto Duque debe restituir a la señorita María de Jesús Duque, dentro del término de seis días, contados desde la ejecutoria de este fallo, la referida casa, con excepción de las tiendas anexas, junto con los frutos civiles y naturales que dicha casa haya producido desde el doce de noviembre de mil novecientos veintidós hasta la fecha en que se efectúe la restitución.

"3° El señor Roberto Duque es responsable de los deterioros de la referida casa, ocasionados antes del doce de noviembre citado, si los hubiere, en cuanto se haya aprovechado de ella, y de los causados con posterioridad a dicha fecha, si los hubiere, haya o no deducido provecho de ellos.

"4° No se hace condenación en daños y perjuicios distinta de la expresada en el numeral precedente.

"5° El monto de los frutos y deterioros se fijará en juicio separado.

"6° Condénase al señor Roberto Duque a pagar a la señorita María de Jesús Duque una multa de cincuenta pesos (\$ 50).

"7° Condénase en costas al demandado."

Apeló el apoderado de Duque y el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de veintisiete de mayo de mil novecientos veintinueve, confirmó en todas sus partes la de primer grado.

El mismo apoderado interpuso recurso de casación, que se admite, por hallarse en las condiciones legales respecto de cuantía y naturaleza del juicio.

El señor Duque presentó ante la Corte una larga demanda, con el fin de sustentar las causales 1ª y 2ª de casación, reconocidas en el artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

En lo referente a la segunda causal, se alega la inconsonancia de la sentencia con la demanda, o con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. El cargo estriba en que el Tribunal resolvió sobre acción reivindicatoria, que no fue la propuesta ni pudo ser ma-

teria del debate, y, por tanto, se abstuvo de fallar acerca de lo demandado y falló respecto de lo no demandado.

Se observa:

Por primera causal se impugna la interpretación dada por el Tribunal a la demanda: luego la causal 2ª, en el concepto en que se aduce, sólo podría venir como consecuencia de la admisibilidad de la primera. Si ésta es infundada, también lo es la segunda, y viceversa.

En lo tocante a la causal 1ª, se traen nueve motivos, apoyado cada uno de ellos en numerosos cargos. Los examinará la Corte, procurando hacer un exacto compendio.

Primer motivo:

"Se falló una acción que no fue la propuesta. Errónea apreciación en la demanda."

La demanda—dice el recurrente—es la prueba única de las pretensiones del actor, y el primero de los deberes del fallador es enterarse de lo que se demanda, del derecho, causa o razón por que se intenta la acción y de los hechos.

Los hechos fundamentales de la demanda de la señorita Duque son dos: la afirmación de la posesión quieta y pacífica de la demandante y la de que el demandado retiene sin derecho la casa demandada. El derecho lo deriva de lo dispuesto en los artículos 757, 762 y 789 del Código Civil, y cita, además, el Título 12 del Libro 2º, sin especificar capítulo o artículo de él.

Las afirmaciones de hecho son precisamente las generadoras de la acción posesoria y las disposiciones citadas en concreto se refieren a la posesión.

Fudado el pedimento en las disposiciones que protegen al poseedor contra el supuesto tenedor sin derecho, no puede cambiarse esa razón o causa por otra, sin desvirtuar las condiciones legales exigidas para el fallo, o sea la cosa juzgada, porque, con arreglo al artículo 271 del Código Judicial, demandada una cosa por un título puede después demandarse por otro.

También a la demanda—prosigue el autor del recurso—le faltan los elementos propios de la acción reivindicatoria. El Tribunal manifestó que esos elementos son el dominio por parte del demandante, la posesión del demandado y que la cosa sea reivindicable; pero le faltó el relativo a que el demandante no esté en posesión y que ésta la tenga el demandado; pues ha de procederse contra el poseedor, como que a nadie se le puede condenar a lo que no puede.

"Consideró el fallo ejercitada la acción reivindicatoria, cuando ni siquiera se citan los artículos que definen y reconocen esa acción, como son los 946 y 950 del Código Civil, conforme a los cuales, para el ejercicio de dicha acción ha de alegarse en la demanda que el demandante no está en posesión de la cosa, y es la afirmación contraria la que contiene el libelo de la de este juicio, o sea que el demandante se halla en quieta y pacífica posesión de la cosa, por actos de dominio ejecutados por él; con lo cual incurrió el Tribunal en error de hecho y en error de derecho, al dejar de tener en cuenta la falta de los elementos fundamentales de dicha acción, y consiguientemente, en violación de los citados artículos, en especial el 946, aplicándolo sin ser el caso."

El que en la demanda se solicite la restitución de la cosa, no significa que se trata de acción reivindicatoria, porque la restitución de un bien puede ser igualmente consecuencia de otras acciones, como en el despojo, el comodato, el depósito, etc,

Por todo lo anterior, considera el recurrente que lo ejercitado en el actual litigio no es una acción de dominio, sino una posesoria por los trámites ordinarios.

La Corte observa:

o El Tribunal, ciertamente, estimó que en la demanda se trata de una acción reivindicatoria y sobre esa base profirió el fallo.

La Corte no halla error evidente de hecho en semejante estimación.

Las peticiones del libelo son las típicas, por decirlo así, de la reivindicación: declaración del dominio a favor de la demandante, restitución del inmueble, pago de los frutos e indemnización por los deterioros. Se advierte en esto la intención de la señorita Duque de lograr los fines esenciales de la reivindicación, con arreglo a los artículos 946, 961, 963 y 964 del Código Civil.

En los hechos también se enuncian sustancialmente los fundamentos de la acción: que María de Jesús Duque es dueña de la casa, por adjudicación que se le hizo en la sucesión de sus padres; que la misma ha poseído la finca pacíficamente y sin interrupción, desde que le fue adjudicada, ejerciendo en ella actos de dominio; que desde el treinta de abril de mil novecientos veintiuno el señor Duque D. retiene en su poder, sin derecho, la referida finca; que Duque D. no le ha dado a la demandante los frutos civiles y naturales del inmueble y que el mismo señor es responsable de los deterioros.

Al cotejar los hechos 2º y 3º, encuentra el recurrente apoyo para una objeción, porque si la señorita Duque posee la finca—arguye—como se asevera en el 2º, no la posee Duque, cual se sugiere en el 3º: luego si María de Jesús está poseyendo, mal puede intentar acción reivindicatoria. De suerte que la acción no es otra que una posesoria, encaminada a recuperar la tenencia.

Para la Corte, hay en el hecho 2º una redacción defectuosa, pero susceptible de explicación. Ese hecho quiere decir que la señorita Duque ejecutó actos de dominio en la casa, antes, naturalmente, de perder la posesión material de ella, y que después ha seguido conservando la posesión inscrita. Prueba de esto es que en el hecho se agrega:

“Esta posesión regular queda acreditada con los certificados del Registrador de instrumentos públicos y privados de este Círculo, que obran en autos.”

Por manera que del contexto de los hechos que se vienen examinando, se desprende que lo afirmado en ellos es lo siguiente: que la señorita Duque poseyó materialmente la referida finca, que conserva la posesión regular o inscrita y que Duque retiene en su poder tal finca desde la fecha susodicha; lo cual equivale a exponer que el demandado es actualmente el ocupante del inmueble y no la demandante, quien carece de la posesión material. Esto, como se ve, se ciñe a la noción de la acción reivindicatoria.

Cuanto al derecho, causa o razón para incoar la demanda, adviértase que la cita de los artículos 757, 762 y 789 puede ser inútil; pero no alcanza a destruir la intención de la señorita Duque acerca de la acción de dominio, demostrada con la cita del título referente a ella. Ya ha decidido la Corte que “no altera el título o razón de pedir, ni la naturaleza de la acción propuesta, el hecho de que se incurra en error al citar las disposiciones de derecho en que la misma acción se funda, si, por otra parte, se ha expresado con claridad lo que se pide y el derecho, causa o razón por que se intenta la demanda.” (Número 1124 del tomo 1º de la Jurisprudencia).

En lo tocante a que los solos elementos que señala el Tribunal no son los constitutivos de la acción reivindicatoria, porque ella exige, además, como principio fundamental, al tenor del artículo 946 del Código Civil, que el demandante no esté en posesión y lo esté el demandado, téngase presente que al afirmarse la posesión en el demandado, implícitamente se sostiene que de ella no está gozando el demandante. Este reparo carece, pues, de importancia.

Añade el recurrente que en la apreciación de la demanda se incurrió asimismo en error de hecho y de derecho, al admitir que al demandado se le citó como poseedor. De él se expuso que retiene la casa desde el treinta de abril de mil novecientos veintiuno, diciéndose dueño, y no quiere entregarla. El que retiene no es poseedor, porque la retención es un mero hecho de tenencia, sin ánimo de dueño. Este doble error—continúa—llevó al sentenciador a violar varios textos del mencionado Código, relacionados con la tenencia, la posesión y la retención.

Empero, responde la Corte que, sin mayor esfuerzo, se comprende que en el pasaje acusado no se refirió la demandante al derecho de retención, sino que empleó el verbo *retener* en su acepción común de detener o conservar una cosa. Con la expresión dio a entender que Duque conserva o tiene el inmueble, llamándose dueño de él.

Segundo motivo. Del título. Error de derecho.

Situándose el recurrente en el punto de vista de que la acción ejercitada es la reivindicatoria, entra en una serie de impugnaciones.

Manifiesta ante todo que en la sentencia se hace mención de la compra que hizo Mariano Duque Gómez en mil ochocientos setenta y cuatro a la familia Santander, de una casa en la esquina de la calle 16 con la carrera 7ª, de la ciudad de Bogotá; de que esa casa comprende la que es objeto de la reivindicación y de que por muerte de don Mariano y su mujer Carmen Duque de Duque, se le adjudicó la última a su hija María de Jesús, y que luego expresa la sentencia:

“Este último título, o sea la hijuela de adjudicación de la señorita María de Jesús Duque, la que aparece en autos, debidamente registrada, es la prueba presentada para establecer el dominio de la finca materia de la reivindicación. De manera, pues, que acompañada como está tal hijuela de los títulos respectivos del causante, según se desprende de la narración anterior, ellos constituyen plena prueba en relación con el primer requisito que, para reivindicar, exige el artículo 946 del Código Civil.”

La acusación sobre este punto estriba en que el Juez sólo puede tener en cuenta los hechos detallados en la demanda, y en la de la señorita Duque no fueron mencionados los títulos anteriores del causante: queda la hijuela formada en un juicio de sucesión en que no fue parte Roberto Duque y, por lo mismo, en nada le perjudica, al tenor del artículo 846 del Código Judicial, disposición sustantiva quebrantada por el Tribunal, como lo fue también la del artículo 946 del Civil, aplicada sin ser el caso, supuesto que a Duque se le debió absolver una vez que él no acepta la hijuela.

Se considera:

Es cierto que en la demanda se adujo como título de María de Jesús Duque la hijuela y no se mencionaron los títulos anteriores enlazados con ella y es cierto también que, según jurisprudencia de la Corte, al Juez no

le es dado apoyar el fallo en hechos comprobados en el proceso, pero no incluidos en la demanda. Mas de la circunstancia de haber apreciado el sentenciador la escritura número 300, de primero de junio de mil ochocientos setenta y cuatro (traída en la segunda instancia), no se sigue necesariamente la infirmación de la sentencia recurrida. Con arreglo al artículo 765 del Código Civil, son títulos traslativos de dominio las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición; por donde se ve que una hijuela formada en un juicio de sucesión es un verdadero título de esta clase y sirve de base para reivindicar. Lo que sucede es que, en semejante evento, el demandado puede defenderse mediante la aducción de títulos anteriores a la hijuela, o con la comprobación de una posesión también anterior y ni lo uno ni lo otro logró acreditar Roberto Duque. Hé aquí porqué no prospera el cargo.

Tercer motivo. La confesión del demandado.

Sostiene el recurrente que en este punto incidió el Tribunal en un error de derecho, por dos razones: por haber tomado como confesión una que no lo es, al tenor de lo dispuesto en el artículo 555 del Código Judicial, y por considerar confesada la posesión material del suelo sin los elementos que la constituyen, conforme al artículo 981 del Civil, y en un error de hecho al estimar probado con ella un hecho que no fue materia de la demanda.

Impugna el siguiente párrafo de la sentencia:

"Ahora: si bien es cierto que el demandado no contestó la demanda, el hecho de que está en posesión de la finca materia de la reivindicación, se halla comprobado en autos con los siguientes elementos:

"Las posiciones absueltas por el mismo Roberto Duque ante el señor Juez 4° de este Circuito, cuya pregunta novena está formulada en estos términos:

"¿Es cierto que usted no ha querido entregar y retiene todavía, sin derecho alguno, la referida casa número 632 de la carrera 7ª, de esta ciudad?"

Y contestó:

"Es cierto que tengo en mi poder la casa número 632 de la carrera 7ª, de esta ciudad, en mi carácter de dueño."

Explicando la acusación dice el autor del recurso que el hecho asegurado en la demanda y en la pregunta de la posición novena (9ª) es la retención de la finca, y este fenómeno jurídico radica en la tenencia de un bien ajeno para la caución de alguna deuda, al paso que lo contestado es cosa distinta y opuesta, una vez que Duque respondió que tenía la casa en su poder con carácter de dueño; que el hecho afirmado en la demanda es diverso de lo contestado al absolver la posición, por lo cual erró el Tribunal al identificálos, y que el señor Duque no declaró ejecutado por su parte ningún hecho de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como la construcción, cerramiento y otros de igual significación, de acuerdo con el artículo 981 del Código Civil "decir simplemente que un individuo tiene la cosa en su poder con el carácter de dueño, no es declarar en concreto ninguno de los referidos hechos y, por lo mismo, es una mera afirmación de derecho a que falta la prueba de los hechos que la sustentan conforme a la ley....."

Se considera:

Ya se dijo que en el hecho 3º del libelo no se le atribuye al demandado el ejercicio del derecho de retención, sino la tenencia de la cosa con ánimo de dueño, y en la

pregunta 9ª de las posiciones se emplea en igual sentido la palabra *retiene*. Al contestar Duque que tiene en su poder el inmueble, en su carácter de dueño, la respuesta recae verdaderamente sobre lo preguntado, es decir, la pregunta y la contestación vérsan sobre un mismo hecho.

La contestación de Duque es una confesión, con arreglo al artículo 555 del Código Judicial, porque contiene la manifestación de ser cierto lo que la demandante asegura respecto de que el demandado está poseyendo materialmente la casa. Ni se advierte porqué haya debido el confesante entrar en pormenores acerca de los actos de dominio que allí ejecuta, porque la disposición del artículo 981 del Código Civil está dictada para las acciones posesorias y aquí se trata de una reivindicación. Para la Corte, el individuo que confiesa tener en su poder una cosa en calidad de dueño de ella, confiesa que la posee. Por lo demás, ya se ha expresado que el hecho de la actual posesión de Duque sí figura en la demanda y es objeto del debate. Luego no se han cometido por el sentenciador los errores de derecho y de hecho que en este motivo le increpa el recurrente, ni las transgresiones legales que serían consecuencia de ellos.

El cuarto motivo se refiere al "escrito aceptado como prueba."

En el escrito de excepciones dilatorias—manifiesta el recurrente—se dijo por el demandado que proponía las siguientes:

"..... y la consistente en que la demanda propuesta está dirigida contra diversa persona de la obligada a responder, pues el poseedor de la cosa es la sucesión por muerte de la señora Mercedes Duque de Duque, en la que el demandado no es el único heredero."

En tiempo oportuno se pidió por la misma parte que se tuviera como prueba lo expresado en aquel escrito y el Tribunal resolvió:

"Ténganse como prueba los documentos de que tratan los numerales 7º y 8º de dicho memorial."

"La prueba que el Tribunal llama confesión del demandado sobre su posesión, debió apreciarse en armonía con lo declarado en el memorial de excepciones dilatorias, con el fin de deducir que la posesión de Duque ha de entenderse como coheredero de doña Mercedes Duque, o sea que el poseedor es esa sucesión.

"Dicha alegación, de ser el poseedor la sucesión por muerte de la señora Mercedes Duque y no el demandado, en el fondo constituye excepción perentoria, puesto que se opone a lo sustancial de la acción, o sea a la restitución que se le pide del demandado (artículo 462 del Código Judicial); y tanto por haber sido alegada, como por razón de lo dispuesto en los artículos 51 y 52 de la Ley 105 de 1890, debió tenerse en cuenta y examinarse en el fallo; mas como no sucedió así, se incurrió con ello en violación de dichas disposiciones y en error de derecho, que dio lugar al quebrantamiento del otras veces citado artículo 946 del Código Civil, aplicándolo contra quien probó no ser el poseedor."

Se considera:

Un memorial de excepciones dilatorias no es una prueba en el sentido técnico del vocablo, consignado en el artículo 536 del Código Judicial, aunque sí puede haber en él alguna confesión, si el excepcionante reconoce la verdad de lo que la contraparte asegura con relación a su acción. Al ordenar el Tribunal que se tuviera como prueba el documento contentivo de las excepciones, es decir, el memorial, no pudo convertirlo en tal, si de suyo

no lo es; esto porque en el auto de sustanciación en que se admiten las pruebas, no se hace la calificación de ellas, como que semejante tarea, como es sabido, incumbe a la sentencia definitiva.

En el referido memorial de excepciones dilatorias, alegó el señor apoderado del opositor la excepción de estar dirigida la demanda contra diversa persona de la obligada a responder, pues el poseedor de la casa es la sucesión de la señora Mercedes Duque, en la que no era el único heredero el demandado. Mas, como acaba de exponerse, este memorial no es propiamente una prueba; de donde se sigue que no hay error evidente en la apreciación de la confesión hecha al rendir las posiciones, en el sentido de ser Roberto Duque el poseedor único, en su propio nombre.

Cuanto a que la alegación constituye en el fondo una excepción perentoria, téngase presente que el Tribunal consideró las excepciones perentorias opuestas concretamente por el demandado y no falló en la sentencia acerca de tal alegación (al menos de manera expresa), porque fue invocada como dilatoria, carácter que le atribuye el artículo 467 del Código Judicial, y fueron rechazadas por extemporáneas las excepciones dilatorias. Si el Tribunal no tuvo a bien declarar de oficio la excepción, no hay razón para atacar en casación esa abstención. (Véase el número 1582 del tomo 3º de la *Jurisprudencia de la Corte Suprema*). En consecuencia, también se desecha el presente cargo.

El quinto motivo se relaciona con la prueba testimonial, pues que se arguye que hay error de hecho y de derecho en la apreciación de la aducida sobre posesión.

Se impugna este paso de la sentencia:

"También aparece establecido tal hecho (la posesión del señor Duque) con las declaraciones de los testigos Alejo María Patiño y Dolores Goenaga, presentadas por la misma parte demandada en la segunda instancia."

Expone el recurrente que el Tribunal se funda en un parece, o sea, expresa un dictamen, según el sentido que a esta palabra le da el léxico, siendo así que para condenar, la ley exige plena prueba; de suerte que ha habido error de derecho y violación del artículo 539 del Código Judicial.

Mas hay que notar que la palabra usada por el sentenciador es *aparece* y que aparecer equivale, entre otras cosas, a *manifestarse, encontrarse, hallarse*; por donde se colige que el Tribunal dijo que el hecho de la posesión del demandado se encuentra o halla establecido con las declaraciones nombradas. (Se sufrió error acerca del apellido de la declarante, que es Gaona).

Pero concediendo que hubiese habido error en la apreciación de tales declaraciones por el sentenciador, no por ello habría motivo suficiente para casar el fallo, supuesto que la posesión del demandado permanece acreditada con su confesión, con arreglo al examen efectuado al estudiar el tercer motivo.

El Tribunal no dejó de estimar las otras declaraciones que menciona el recurrente, sino que no les reconoció valor, en el sentido de mostrar a la señora Duque de Duque como poseedora de la casa, en virtud de razones expuestas en el fallo. No procede, por tanto, el reparo acerca de la abstención de considerar esos testimonios. Es, asimismo, infundado el actual motivo.

El sexto motivo versa sobre el poder conferido al señor Gonzalo Duque para administrar los bienes de María de Jesús Duque, y al efecto se dice:

"Incurrió el Tribunal en error de derecho, dando eficacia contra Roberto Duque a un contrato con tercero,

en el cual él no intervino; y en error de hecho, al dar por establecida con ese contrato una procedencia de la cosa que no existe, ni que ha sido materia del debate."

Se tildan estos párrafos de la sentencia:

"Mas la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, o sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él (artículo 762, Código Civil), y de las pruebas presentadas por la demandante aparece que el siete de abril de mil ochocientos noventa y seis, la señorita María de Jesús Duque confirió poder general al señor Gonzalo A. Duque, padre del demandado, con el fin de que adelantara la sucesión de su finada madre señora Carmen Duque de Duque y para que le administrara en general todos sus bienes, poder que fue aceptado y ejercido por el señor Duque, según aparece de todas las constancias que en copia han sido traídas y tomadas del juicio de sucesión de los causantes de la demandante.

"Esta circunstancia está diciendo claramente la manera como los ascendientes del demandado entraron a habitar la casa objeto del presente juicio, y en la misma forma consta también la carencia de dominio por parte de los demandados para que se considere que existió la posesión regular y, de consiguiente, que el fenómeno de la prescripción se hubiera llevado a cabo."

En sentir del recurrente, el Tribunal cayó en error de hecho, porque a Roberto Duque se le demandó directamente, sin vincularlo con ningún antecesor, y el sentenciador lo vincula al señor Gonzalo Duque, y en error de derecho, al apreciar hechos distintos de los que fueron materia del debate, y al tomar a Duque, sin prueba de ello, como sucesor de don Gonzalo. También habla el Tribunal de demandados, cuando apenas hay uno en el juicio, en lo cual se contiene otro error de hecho. En virtud de todos estos errores—concluye—fueron quebrantados los artículos 1759 y 946 del Código Civil y 271 y 542 del Judicial.

Se considera:

El Tribunal emitió los conceptos apuntados en los párrafos transcritos al examinar la excepción de prescripción. Como ésta, según se verá, no se halla acreditada, aquellos conceptos, aun aceptando que sean erróneos, no alcanzan a producir la invalidación del fallo, que, en lo tocante a la excepción mencionada, descansa en otros fundamentos. Por lo demás, basta tener presente que el demandado es Roberto Duque, cuya posesión material está acreditada con prueba de confesión, lo cual significa que, verdaderamente, no hay necesidad de vincularlo a ningún antecesor.

El séptimo motivo de casación radica en la ilegitimidad de la personería.

Expresó el sentenciador que el demandado ningún hecho adujo en apoyo de esta excepción y de la petición antes de tiempo o de un modo indebido, ni dio la prueba de tal excepción, lo que a él le correspondía, al tenor del artículo 1757 del Código Civil.

Explicando la acusación, manifiesta el recurrente que el señor Teodosio León estableció la acción con poder que le sustituyó el señor Ernest Adolphe Tireau, como consta de los documentos acompañados a la demanda; que de éstos aparece que Tireau no recibió poder de María de Jesús Duque para demandar a Roberto del mismo apellido; que en la cláusula en que se faculta a Tireau para comparecer ante los Tribunales de paz, no está comprendida la demanda contra Roberto Duque, porque

en Colombia no existe esta clase de Tribunales (y el poder fue otorgado en París) y porque las acciones entre particulares se proponen y ventilan en primera instancia ante los Jueces de Circuito, y que si en el poder hay otra cláusula que autoriza al apoderado "para ocurrir, si no hubiere conciliación, ante los Tribunales competentes," esa cláusula es condicional, de condición suspensiva, y no se alegó siquiera el cumplimiento de la condición, o sea que no hubiera habido conciliación o arreglo privado.

Se observa:

Por el contexto de la acusación se cae en la cuenta de que ella se refiere a una cuestión adjetiva o procedimental, cual es la suficiencia o insuficiencia del poder con que León promovió el actual juicio; y cuestiones de esta índole escapan al recurso de casación, según conocida doctrina de la Corte. Véase, por ejemplo, lo dicho en el número 1902 del tomo 3° de la **Jurisprudencia**:

"La ilegitimidad de la personería de un supuesto curador, marido, apoderado, gerente, etc., causaría nulidad de procedimiento al tenor del artículo 123 de la Ley 105 de 1890, vicio que no es declarable ni subsanable por medio de la casación; máxime si la causa de nulidad ha desaparecido por haberse declarado en auto ejecutoria que es legítima la personería de la parte, de su apoderado o representante, después de haberse debatido la cuestión en el incidente de excepciones dilatorias."

Por tanto, no puede lograr buen éxito el actual motivo de acusación.

El octavo motivo se relaciona con la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido.

Anota el recurrente que el Tribunal apreció en un solo párrafo esta excepción y la precedente, diciendo que, en apoyo de ellas, el señor Duque ningún hecho trajo, ni menos dio la prueba, cuando está establecido en autos, con prueba testimonial, que la señora Mercedes Duque poseyó la casa quieta y pacíficamente, sin interrupción, con hechos positivos de posesión, desde antes de mil ochocientos noventa y dos, por muchos años, y que a la muerte de ella siguieron en esa posesión sus hijos legítimos, en calidad de herederos. Este hecho no lo apreció el Tribunal, incurriendo así en error de hecho en cuanto a la prescindencia, y de derecho, porque debió apreciarlo con arreglo al artículo 836 del Código Judicial. A Roberto Duque se le tomó indebidamente como uno de esos herederos; pero desde este supuesto, debió ser considerado como comunero, con obligaciones pro indiviso y en representación de la sucesión de sus ascendientes; y como se le demandó por el todo, sin comprobación de que se le hubiera adjudicado la casa, se ha procedido contra lo dispuesto en los artículos 757, 783, 765, inciso 4°; 1155 y 1401 del Código Civil, que sólo consideran como dueño de la cosa por sí y en nombre propio a aquel de los herederos a quien se le haya adjudicado: de aquí que, en el supuesto que se contempla, la demanda contra Roberto, como único dueño, sea anticipada y entrañe una petición antes de tiempo o de modo indebido.

"En concreto de este punto o motivo: probado en autos que la señora Mercedes Duque o su sucesión es la poseedora de la casa antes de mil ochocientos noventa y dos y no habiéndose adjudicado al demandado Roberto Duque dicha casa en esa sucesión, no es llamado a responder por ella como poseedor por sí y directamente, porque el poseedor es otro."

Se considera:

Ya se dijo que este hecho fue aducido como excepción dilatoria, que es el carácter que le reconoce el artículo 467 del Código Judicial con el nombre de inepta demanda, y que no se resolvió acerca de él, por haber sido rechazadas las excepciones dilatorias.

Además, como se ha visto, no hay error en considerar al demandado como poseedor individual o en su propio nombre, de la casa, si se tiene presente la confesión analizada al tratar del tercer motivo.

Ni podría infirmarse el fallo por infracción del artículo 51 de la Ley 105 de 1890, porque si el Tribunal no declaró oficiosamente la excepción, se debió a que, en su concepto, no estaba establecida, y en casos tales, como lo tiene resuelto la Corte, no halla cabida la casación.

El noveno motivo trata de la excepción de prescripción.

Expresa el recurrente que la posesión de la señora Mercedes Duque desde antes de mil ochocientos noventa y dos, o su sucesión, tenía más de treinta años el diez y ocho de octubre de mil novecientos veintidós, en que se notificó la demanda, tiempo suficiente para la prescripción adquisitiva extraordinaria, y que si esa posesión se alegó por el demandado, "lo ha sido como una de las razones de que el dueño de la cosa no es el demandante, sino la sucesión de Mercedes Duque, contra quien podría dirigir la demanda, si se cree con mejor derecho." En vista del campo en que se situó la demanda del actual juicio, es preciso concluir que María de Jesús Duque ejercitó por la vía ordinaria una acción posesoria, la cual ya estaba prescrita, de conformidad con el artículo 976 del Código Civil, quebrantado por el sentenciador.

Se observa:

El demandado adujo la excepción de prescripción de la acción ejercitada y el Tribunal entendió que se refería a la prescripción adquisitiva del dominio. Pudo haber error en esta inteligencia; mas no ha de invalidarse la sentencia por ello. En efecto: como se demostró al principio, la acción es reivindicatoria y no posesoria, y, por tanto, no estaba sujeta a la prescripción anual que establece el susodicho artículo 976. Y si lo propuesto por el señor Duque no fue la prescripción adquisitiva, según lo declara él mismo, no hay porqué entrar a estudiar las violaciones alegadas acerca de tal prescripción.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Manuel Vicente Jiménez.
Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Andrés García demandó a Andrés Avelino García, su hijo, para que se declarara por la justicia:

"a) Que debe pagarme dentro del término que la sentencia le fije, la suma de dos mil quinientos pesos.

(\$ 2,500), o en su defecto lo que fijen peritos en el curso del juicio, como valor en que estimo una casa de habitación construida a expensas y con materiales de su propiedad, situada en el área de población de Quimbaya, en la esquina de la plaza, en la primera manzana, salida para Montenegro, constante dicho solar de veinte varas de frente por la calle de Palonegro, por cuarenta de centro, más o menos, alinderado así: 'Por el frente, la calle de Palonegro dicha, por un costado con propiedad de Luis Antonio Marín; por el centro, con el señor Cesáreo Herrera; y por el otro costado, con la calle transversal, salida para el cementerio.'

"b) Que tengo derecho de retención sobre la casa, o en mejores términos, que mi mandante Andrés García tiene derecho a retener en su poder dicha casa y solar hasta tanto que el demandado le pague o le asegure en alguna forma el pago de la casa allí construida; y

"c) Que satisfaga costas."

El Juez falló:

"1° Se condena a Andrés Avelino García a pagar a su padre, señor Andrés García, el valor de la casa de que dan cuenta estos autos, cuyo monto se fijará en juicio aparte y cuyo pago verificará seis días después de ejecutoriado el fallo respectivo.

"2° El demandante tiene derecho de retención de la mencionada casa, hasta que el demandado lo indemnice de su valor, y

"3° Se condena al demandado a pagar costas."

Apeló García hijo de este fallo y el Tribunal de Pereira lo revocó en parte y decidió:

"1° No son procedentes en este juicio las excepciones propuestas por el demandado; y

"2° Confirmase la sentencia recurrida en cuanto a la primera declaración que dice: 'Se condena a Andrés Avelino García a pagar a su padre, señor Andrés García, el valor de la casa de que dan cuenta estos autos, cuyo monto se fijará en juicio aparte y cuyo pago verificará seis días después de ejecutoriado el fallo respectivo,' y se revoca en cuanto a las otras declaraciones. Sin costas."

Recurrió en casación el demandado, y como el recurso es admisible, se entra a su estudio.

La primera acusación se formula por error de hecho en la apreciación de la escritura número 21, de trece de enero de mil novecientos diez y nueve, por la cual Gregorio Gallego vendió a Andrés Avelino García el solar donde está edificada la casa en disputa, consistente ese error en que ese título fue apreciado como prueba habiéndose acompañado a los autos después de contestar la demanda sin prestar el juramento de que trata el artículo 946 del Código Judicial, violando con este proceder el citado artículo y los 739 y 1760 del Código Civil y 542 del Código Judicial.

Se advierte: quien acompañó como prueba la escritura mencionada, fue el mismo demandado, escritura que se mandó tener como prueba por auto que está ejecutoriado, sin que a ese auto le haya hecho reparo alguno el señor García (hijo), por no haberse prestado el juramento prescrito por el artículo 946 del Código Judicial.

Ahora, no es indispensable ese juramento para estimar como prueba los documentos traídos al juicio sin ese requisito. Así lo tiene resuelto esta Corte en varias decisiones, en las cuales ha sentado esta doctrina:

"El haberse recibido las escrituras y demás pruebas que presente una de las partes del juicio sin que se hubiesen llenado las formalidades exigidas por la ley (artículo 946 del Código Judicial), no es obstáculo para darles el mérito probatorio que ellas deben tener. Las formalidades aludidas se refieren a la admisión de los documentos en el juicio, no a su apreciación como pruebas, una vez admitidos por providencia ejecutoriada. (Casación, diciembre 12 de 1912, tomo XXII, 219, 2°)."

"Los documentos de fecha anterior a la contestación de la demanda, llevados a los autos en el término probatorio de la primera instancia y admitidos por el Juez, con asentimiento del demandante, sin exigir el juramento a que alude el artículo 946 del Código Judicial, deben ser estimados como prueba, aun cuando no se hubiese llenado aquella formalidad. La parte contra quien se oponen renuncia al cumplimiento de tal requisito al admitir la admisión de la prueba por el Juez; y no podrá después alegar la omisión del juramento. (Casación, octubre 9, 1909, tomo XXV, 255, 1°)."

"El juramento requerido por el artículo 946 del Código Judicial para admitir como pruebas documentos que no se acompañaron a la demanda o a su contestación, no es indispensable cuando ocurren las circunstancias a que aluden los artículos 267 y 931 del citado Código, es decir, cuando el interesado acompaña los documentos que tiene en su poder, o designa el archivo o lugar donde deben encontrarse los que no están en su poder. (Casación, 22 febrero 1916, tomo XXV, 239, 2°)."

La segunda acusación se hace igualmente por error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial, y consiste en que no se tuvieron en cuenta las declaraciones de varios testigos con las cuales se demostraba que el demandado hizo a su costa la edificación.

Se observa: cierto que el sentenciador no especificó las pruebas a que se refiere la acusación, pero las apreció todas en conjunto y de ese estudio sacó la conclusión de que el demandado no había demostrado que hubiera edificado la casa con fondos propios.

Además, las declaraciones citadas por el recurrente no demuestran ese aserto.

López sólo afirma que conoció a García hijo trabajando personalmente y con dinero propio, en el mejoramiento de la habitación que tiene en la esquina, entejada con teja de barro, pero no dice cómo le consta el hecho de que fuera con dineros de García hijo, ni su declaración se refiere a toda la casa.

Restrepo afirma que conoció a García (hijo) trabajando personalmente en la construcción de la casa, en donde trabajaba también el padre, pero no le consta que García hijo hiciera la construcción a sus expensas.

A Lorenzo Restrepo no le consta que pagaba los gastos de la edificación.

José Hoyos sí dice que García hijo, tanto con su trabajo como con su dinero, ha atendido a la construcción de la casa, pero no dice cómo le consta lo aseverado.

Otro error de hecho por el cual se acusa el fallo, consiste en que el sentenciador apreció mal la prueba con la cual se pretendió demostrar la propiedad de la casa disputada.

El sentenciador encontró justificada la propiedad de la casa con las declaraciones que cita en su fallo y las cuales se estudiarán en otro lugar, por ser ellas también

atacadas en casación, advirtiendo que como la acción instaurada fue la de accesión reconocida por el artículo 739 del Código Civil, el demandante no tenía porque comprobar dominio sobre el suelo.

Dice el recurrente que incidió el sentenciador en error de hecho al apreciar las pruebas del demandante y consiste en que los testimonios reconocidos en el fallo no reúnen los requisitos exigidos por el artículo 607 del Código Judicial.

Se considera:

A Parra le consta el hecho de que García padre invirtió dineros propios en la construcción de la casa, porque varias veces le vendió materiales de construcción; Osorio presenció cuando García padre contrataba oficiales para la construcción pagados con fondos propios; Giraldo declara lo mismo que Osorio; Muñoz estuvo acarreando madera por cuenta de García padre, y su trabajo fue pagado por éste. En igual sentido declaran Ortiz, Molina, etc., etc., testigos éstos que dan razón de su dicho.

Todos los testimonios antedichos y otras pruebas del proceso demuestran que García hijo no impidió que su padre construyera la casa en el solar que a él le escrituraron, pues basta saber, y eso está demostrado en los autos, que ambos trabajaban personalmente en la edificación de la casa, y si García hijo no hubiera consentido en ello, ha debido oponerse como dueño que se dice del terreno en que está construida.

La última acusación consiste en error de derecho en la apreciación de las pruebas por haber admitido la testimonial para establecer una obligación que vale más de quinientos pesos (\$ 500).

Se responde: la prueba de testigos se admite para comprobar que García padre había construido la casa, no para fijar su valor, el cual se mandó estimar en juicio separado y por ello el cargo no es fundado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, de fecha once de marzo de mil novecientos treinta.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo quince de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Como se siguiese un juicio divisorio de los terrenos denominados **El Almendronal, Pital o Voladero**, el señor Nicolás Lozano L. demandó a los señores Pedro Antonio Molina, Gabriel y Lisandro Zúñiga y demás comuneros para que se declarara:

“Que el terreno del **Almendronal, Pital o Voladero** pertenece es a la genealogía de los señores Manuel Ledesma y José de Victoria; que, por tanto, debe excluirse ese terreno, conforme a los linderos puestos al principio, de la división pedida por el señor Manuel Antonio Vergara,

y que no tiene valor alguno la escritura de veintitrés de diciembre de mil ochocientos ochenta y dos, otorgada en Buga, por no tener facultades el albacea (facultad para otorgarla), y por las otras razones de derecho que expresé antes.”

El Juez absolvió a los demandados de los cargos de la demanda, porque reconoció la excepción de prescripción, y apelado ese fallo, el Tribunal de Buga lo confirmó, aunque por razones diversas de las invocadas por el Juez.

Contra este proveído se interpuso recurso de casación, que se estudiará por venir en forma.

El fundamento capital del Tribunal, para absolver, es éste:

“Se tiene, según lo anterior, que no se trajo al juicio la escritura por la cual el señor De Ledesma adquirió en propiedad de la señora de Aguirre el derecho que dice en su testamento compró en el sitio de Bugalagrande, sin más detalles, y que por esto mismo no se saca con claridad si ese derecho es el mismo que fue de la señora de Aguirre. Y claro está que faltando el título adquisitivo del derecho del señor De Ledesma, sus herederos no pueden aspirar a que con la sola declaración hecha por el señor De Ledesma en su testamento, se haga la declaración judicial de pertenecerles lo que les disputan a los demandados.....

“De lo expuesto resulta que lo vendido por el señor Fernández Rico al señor De la Concepción y Victoria, fue un derecho propio de él, en el sitio de Bugalagrande, distinto, por lo visto, del derecho a que se refiere el señor De Ledesma en su testamento. Pero en el supuesto de que se trata del mismo derecho, no consta con la suficiente claridad que lo vendido fuera lo que hoy se conoce con los nombres de **El Almendronal, Pital o Voladero**, y por esta razón el fallo que se está pronunciando tiene que serles favorable a los demandados, como lo fue el de primera instancia. Por supuesto que no es propiamente como lo resolvió el Juzgado, sobre la base de haberse probado la excepción de prescripción aducida en el escrito en que se contestó la demanda, porque si lo que allí se sostiene es que los demandados han poseído por más de cien años, lo natural debió ser haber probado esa posesión, y como no lo hicieron así, mal se podía reconocer su existencia sin prueba alguna.”

El recurrente ataca el fallo por error de hecho evidente, por cuanto no encuentra demostrada la identidad del terreno en disputa, y lo apoya en estos motivos:

“1º Se copia por ser un poco difícil de hacer una síntesis de él:

“Porque la identidad del terreno, que echa de menos el Tribunal para la declaración de propiedad propuesta en la demanda, debe obtenerse no solamente con relación al terreno a que hace alusión Manuel de Ledesma en su testamento cuando dice: ‘Declaro haber comprado en el Municipio de Bugalagrande un derecho y posesión de tierra con sus bienes muebles, en la cantidad de mil patacones...’; o con lo que reza el inventario de los bienes, hecho en la sucesión de Ledesma, sino que es necesario buscar esa relación de identidad también con el título o escritura pública otorgada en Buga por el señor Fernández Rico al señor Concepción de Victoria, el veintitrés de diciembre de mil setecientos setenta, en la cual escritura se dice, de una manera más clara y terminante:

..... un derecho de tierras que suyo propio tiene indiviso, y por partir en el sitio de Bugalagrande de esta ciudad, el mismo que hubo y compró don Simón Luis Quintero y su esposa Manuela de Aguirre, como consta por escritura que le otorgaron el año pasado de 68 a que se remite, y también a sus linderos, por ser el todo de dicha tierra indiviso entre el río Bugalagrande y Chambiagua. El dicho sitio el cual derecho se lo vende en precio y cuantía de 225 patacones de a 8 reales....."

Se observa:

No es el único motivo la no identidad del terreno, el invocado por el sentenciador, para absolver a los demandados; tomó en cuenta también la falta del título de oposición del señor Ledesma. Pero aunque sólo fuera fundamento de la sentencia la identidad, sería lo cierto que no se ha demostrado de manera evidente que se trate de un solo terreno, y que esa demostración sea tan clara que no quede duda que el sentenciador erró en la apreciación, ya que la identidad de un terreno debe comprobarse con peritos, cuando los linderos de los títulos exhibidos no concuerdan, y cuando las partes no convienen en ella.

El recurrente, en el párrafo transcrito, no ha dado esa demostración, pero admite, por vía de discusión, que no hay identidad entre el terreno objeto de la disposición testamentaria y lo vendido por el señor Fernández Rico al señor Victoria, pero asegura que hay que aceptar que la adquisición que había hecho el testador provenía de la compra hecha en mil setecientos sesenta y ocho a la señora Manuela Aguirre, pero es el caso que, como lo anota el sentenciador, esa escritura no se trajo a los autos, y que, por consiguiente, en ella no se puede basar ninguna afirmación.

Ahora, de que ese terreno sea el mismo que figura en los inventarios y el mismo que Fernández Rico vendió a Victoria, y el mismo que Victoria, por medio de su albacea, vendió a José Varela, no se sigue que él sea de propiedad de los herederos del señor Ledesma.

Esa disposición testamentaria no es título traslativo de dominio, de suerte que bien hizo el sentenciador en no darle valor a la declaración que el señor Ledesma hizo en su testamento, de pertenecerle ese terreno, en ausencia del título por el cual lo adquirió.

Ahora: si es verdad que el albacea de Ledesma le vendió ese terreno al señor De la Victoria, también lo es que al mismo tiempo el albacea del señor De la Victoria enajenó ese mismo terreno al señor Varela, causante de uno de los demandados, como consta de la escritura número 23, de diciembre de mil ochocientos veintidós, que el Tribunal apreció como prueba, y respecto de la cual no hace reparo alguno el recurrente; lo que está indicando que ese bien salió del patrimonio del señor Victoria, y que hoy sus herederos no tienen en él derecho alguno mientras subsista el contrato contenido en la escritura de mil ochocientos veintidós.

Existiendo en autos la citada escritura y conservando ella hasta ahora todo su valor, los descendientes del señor Concepción de la Victoria no tienen título ninguno de dominio sobre los terrenos que su ascendiente, por medio de albacea, vendió al señor Varela, antecesor de alguno de los demandados.

Esta consideración basta para contestar los reparos del recurrente, enumerados en el capítulo de su demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha veintinueve de enero de mil novecientos treinta.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo veintiséis de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Méndez).

Vistos:

Alejandro Pinto Valderrama, recurrente en casación en el juicio de sucesión de la señora Eloísa Gil de Pinto, ha dirigido dos memoriales sucesivos a esta Superioridad, con ocasión del siguiente informe del Secretario de la Corte:

"Informe a usted que el presente juicio de sucesión fue recibido en esta oficina el veinticuatro de octubre del año próximo pasado, sin papel sellado en blanco para la actuación; y que desde esa fecha hasta hoy han transcurrido más de sesenta días útiles, sin que se haya suministrado."

Por esta circunstancia el repartimiento del negocio tuvo que verificarse en papel común, como era necesario, para que hubiera Magistrado sustanciador que pudiera intervenir en la actuación subsiguiente que hubiera de tramitarse para el efecto de la sanción correspondiente.

El expresado recurrente solicita en los dos memoriales mencionados, que la Corte, en Sala de Casación, decida que el término de sesenta días que tenía para suministrar el papel sellado para dar curso al recurso de casación, no estaba cumplido, cuando el Secretario de la Corte rindió su informe el siete de febrero del corriente año, en razón de que la Ley 124 de 1928 erigió en fiesta cívica la del ahorro, que debe celebrarse el treinta y uno de octubre de cada año. Eliminado este día como útil, el término no se habría cumplido en la fecha del informe.

En apoyo de su petición sostiene el recurrente que "día de fiesta cívica es sinónimo de día feriado," en que no es lícito tratar los negocios públicos, sean administrativos o judiciales, y que por consiguiente no pudo computarse en el término que fija el inciso 2° del artículo 122 de la Ley 105 de 1890.

Se considera:

La base de esta petición es, según se ve, la identidad que, en sentir del solicitante, existe entre día feriado y día de fiesta cívica.

Día feriado, según la definición que da el Diccionario de la Lengua, tiene una acepción peculiar al servicio del ramo judicial, y es equivalente a la que en Derecho Romano tenían los días denominados nefasti, aplicable también al ramo judicial: "Día en que están cerrados los Tribunales y se suspende el curso de los negocios de justicia," definición ésta que no es sino versión castellana de la de Varro, de los días nefastos: "Vocantur dies nefasti per quos dies nefas fari praetorem: do, dico, addico; itaque non potest agi."

En el lenguaje vulgar suele no darse esta acepción técnica a la frase sustantiva **día feriado**, sino que se la confunde con la de **día de fiesta**.

Ahora, los días feriados, *strictu sensu*, según nuestra legislación (artículo 14, Ley 100 de 1892), obedecen, así como en Derecho Romano, a un motivo altamente espiritual: cesan las labores judiciales, no a guisa de solaz o diversión, sino porque coinciden con los días de fiestas eclesiásticas o nacionales, los cuales están consagrados al honor de la Divinidad o a los héroes de la tierra, y "aquéllos exigen que se les santifique, sobre todo absteniéndose de toda querella, de todo proceso." Y los días feriados obedecen también a una necesidad biológica, que demanda descanso a la inteligencia y al cuerpo, tras larga y empeñada tarea de los funcionarios del orden judicial.

Ahora, la fiesta cívica establecida por la Ley 124 de 1928, según el modificativo con que se le califica—cívica—está destinada al descanso de las personas privadas, mas no a los funcionarios públicos en relación con sus deberes oficiales; pues si así no fuera, el legislador habría constituido el 31 de octubre como fiesta nacional, la cual, por ser tal, tornaba en feriado aquel día, en virtud de lo dispuesto por la dicha Ley 100.

Por otra parte, como el punto de derecho de si el 31 de octubre es o no día feriado, abarca todos los ramos de la administración pública, él ha sido decidido por el Poder Ejecutivo Nacional en resolución comunicada a los Gobernadores en Circular número 2063, de fecha 22 de octubre de 1930, en el mismo sentido que expresa este auto.

Cuanto al punto de hecho, de autos aparece: el expediente del juicio a que se refiere la petición, se recibió en la Secretaría de la Corte el 24 de octubre de 1930; del 25 al 31 del mismo, corrieron seis días hábiles; del mes de noviembre, corrieron veinticuatro días hábiles; del mes de diciembre, corrieron quince días hábiles; del mes de enero de 1931, corrieron diez días hábiles; del dos al siete de febrero, corrieron seis días hábiles; o sea un total de sesenta y un días hábiles, hasta la fecha del informe de la Secretaría, de que se hizo mención arriba.

Es por tanto el caso de aplicar la sanción establecida en el artículo 122 de la Ley 105 de 1890.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara ejecutoriada la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, con fecha veintisiete de agosto de mil novecientos treinta, en este juicio.

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

JUAN N. MENDEZ — Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo veintiséis de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

Delfín Mendoza, por medio de apoderado, entabló ante el Juez 5° Civil del Circuito de Bogotá, juicio ordinario contra Saad M. Mor, para obtener estas condenaciones contra el demandado:

Primero. A pagar al actor la cantidad de cinco mil cuatrocientos pesos (\$ 5,400) moneda corriente, en que estima los perjuicios que se le ocasionaron por haber sido privado por culpa del demandado, de un auto de su propiedad, marca **Hudson**, número del motor, de fábrica, 53645, y de la Oficina de Tráfico 195, de la posesión y goce, desde el 12 de junio de 1922.

Segundo. Que en subsidio el demandado pague al actor, por perjuicios, la cantidad que fijen peritos nombrados al efecto.

Tercero. Costas.

El actor designa estos hechos fundamentales, de su acción:

1° Que en el juicio ejecutivo de Saad M. Mor contra Hecheime, Mechelani y Compañía, se denunció para el pago como de propiedad del ejecutado el expresado auto de mi propiedad, juicio que cursó primero ante el Juzgado 7° de este Circuito y después ante el 1°, y denunció que hizo el apoderado del ejecutante:

2° Que el denuncia del auto de mi propiedad hecho por el apoderado del ejecutante en el expresado juicio ejecutivo en que yo nada tenía ni tengo que ver, fue jurado por el mismo apoderado.

3° Que en virtud del denuncia y juramento citados se embargó y depositó el precitado auto el día 12 de junio de 1922, por el Juez 7° del Circuito en el juicio ejecutivo de Saad M. Mor contra Hecheime, Mechelani y Compañía.

4° Que el entonces apoderado de mi poderdante se opuso en el acto de la diligencia de conformidad con el artículo 189 de la Ley 105 de 1890, y el Juez no aceptó o negó la oposición, porque el apoderado no supo hacerla.

5° Que por haberse negado la oposición hubo que intentar la articulación de desembargo, de conformidad con el artículo 204 de la Ley ya citada.

6° Que de acuerdo con los artículos 190 y 204 de la precitada Ley, se promovió la tercería excluyente respectiva, en donde quedó plenamente comprobada la propiedad de mi poderdante.

7° Que por sentencia de prelación ejecutoriada del Tribunal Superior, de 25 de julio de 1927, se decretó la exclusión del auto de mi propiedad y se ordenó se me entregara.

El demandado contradijo la acción, no sin haber aceptado varios de los hechos en que estriba la demanda.

El Juez falló condenando al demandado a pagar al actor, dentro del término de seis días, contados desde la notificación de la sentencia, la suma de cinco mil cuatrocientos pesos (\$ 5,400), con costas.

Ambas partes apelaron, y el Tribunal Superior de Bogotá, en decisión de fecha 11 de diciembre de 1929, revocó el fallo de primera instancia y absolvió al demandado.

El actor interpuso casación. Es admisible el recurso, el cual se basa en la primera causal.

Primer cargo. Violación del capítulo 3°, Título 34 del Libro IV del Código Civil y de los artículos 189 y 190 de la Ley 105 de 1890, por errónea interpretación, proveniente de error evidente de hecho.

Adolece el alegato de casación de quebrantamiento de las normas legales que respecto del recurrente tiene establecidas la Ley 90 de 1920.

En primer lugar, no es lícito, según lo tiene declarado la Corte en varias ocasiones, invocar como motivo de casación la violación de todo un título o un capítulo del Código, en que supone el recurrente que está incluida

la disposición que considera infringida, sino que es necesario que ésta se individualice por el recurrente, pues de otra suerte la casación no puede prosperar. (Gaceta Judicial, XXXI, 303).

Se considerará, por tanto, la violación únicamente de los artículos 189 y 190 de la Ley 105 de 1890. Disponen estos dos artículos respectivamente:

"Si al tiempo de verificarse el depósito de los bienes denunciados por el ejecutante o manifestados por el ejecutado, se hallaren en poder de otro que los reclama como suyos—reclamación que puede ser verbal—se dejarán en su poder embargados y en calidad de depósito. Cuando esto sucede, si el ejecutante insiste en seguir la ejecución sobre dichos bienes, lo manifestará dentro de seis días, y al mismo tiempo presentará un fiador solidario que reúna las condiciones de que habla el artículo 103 de esta Ley para que responda de los perjuicios que haya de sufrir el tercer poseedor de los bienes a virtud del embargo y de las gestiones consiguientes, en el caso de que se declare que tales bienes pertenecen a dicho poseedor. Si dentro de los mencionados seis días no hiciere la manifestación de insistencia, o no constituyere la fianza en el término de otros seis días, se desembargarán los bienes y se terminará el depósito.

Ordena el artículo 190:

"El tercer poseedor de que se habla hará valer sus derechos con arreglo a las leyes, dentro de los treinta días siguientes al en que el ejecutante haya constituido la fianza; y en caso de que tenga que promover juicio de tercería a virtud de lo dispuesto en el artículo 204, lo promoverá dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del auto que decide la articulación. Dicho tercer poseedor no está obligado a dar fianza de costas en el juicio de tercería que promueva."

Cuál sea el cargo no lo formula con nitidez el recurrente. Parece que lo hace consistir en que el Tribunal apreció con error las siguientes pruebas:

a) La copia de un memorial sin fecha que presentó el apoderado de Saad M. Mor al Juez 7º del Circuito de Bogotá, en la ejecución que éste seguía contra la casa comercial Hecheime, Mechelani & Compañía, en el cual denunció para el pago, entre otros bienes, un automóvil marca Hudson, marcado con el número de tránsito 195, que se hallaba en el garaje de Ignacio Guillén.

b) La diligencia de avalúo y depósito consiguiente de este carruaje, fechada el 12 de junio de 1922; y

c) Copia de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 25 de junio de 1927, en el juicio de tercería excluyente de aquel mismo carruaje, entablada por Delfín Mendoza en el referido juicio ejecutivo.

Argumenta el recurrente que con estos documentos se comprueban dos hechos importantes relativos a la acción ejercitada en el presente juicio, a saber: que el automóvil dicho fue denunciado como bien propio de la Casa ejecutada, por el ejecutante; y que, según la sentencia del Tribunal, ese vehículo era de propiedad de Delfín Mendoza, y que a virtud del denuncia, embargo y depósito, quedó privado del goce de aquel bien durante seis años, privación que dio origen a los perjuicios que reclama.

El error evidente de hecho en la apreciación de aquellos documentos lo halla el recurrente en los siguientes pasajes de la sentencia:

"Faltaría acreditar que la exclusión se decretó por haberse demostrado el dominio, ya que no hay relación necesaria entre la exclusión y el dominio."

"Hay en el presente caso, argumenta el recurrente, relación necesaria entre la demanda (de tercería) y la sentencia, cuyas copias corren en autos, puesto que en la primera se pidió la exclusión en razón de mejor derecho al dominio, posesión y tenencia; y como la sentencia tenía que recaer sobre lo pedido, al tenor de lo prescrito en el artículo 835 del Código Judicial, es claro que la sentencia decretó la exclusión por dominio."

Se considera:

Si en tesis abstracta es cierto el concepto del Tribunal de que "no hay relación necesaria entre la exclusión de un bien y su dominio," no es exacto que en el presente juicio no se haya acreditado, como lo sostiene la sentencia, que la tercería excluyente prosperó por razón de dominio. La parte resolutive no lo dice, pues se limita a infirmar el fallo de primera instancia; pero toda la parte motiva en la cual están narrados los antecedentes de hecho y de derecho sobre que debía recaer la decisión judicial, demuestran que ésta tuvo como materia la propiedad del tercerista y como objeto la declaración de su mejor derecho al dominio.

Pero si este error existe, no alcanza a anular la sentencia porque ésta se apoya en otro fundamento. Expresa, en efecto, el Tribunal:

"Aun admitiendo la sentencia de prelación con el alcance que le asigna el actor, esto es, como prueba del dominio del automóvil y de su exclusión de la traba ejecutiva, la circunstancia de haber sido absuelto de las costas el ejecutante Mor, demuestra que no fue temeraria su insistencia en perseguir el objeto como de propiedad del ejecutado, sino que obedecía a algún fundamento serio; hecho que se confirma con la circunstancia de que al ejecutante no le prosperó ni la oposición que ejercitó con arreglo al artículo 189 de la Ley 105 de 1890, ni la articulación de desembargo."

El recurrente pretende rebatir en casación este fundamento con la sola objeción de que el Juez que dictó la sentencia pudo equivocarse al igual del Tribunal, raciocinio que es ineficaz. El Tribunal toma la prescindencia del Juez en condenar en costas al ejecutante como un indicio de falta de culpa de quien denunció e hizo embargar el automóvil, indicio que unido a la omisión de Mendoza, tercer poseedor regular del automóvil, en ejercitar la acción que le dispensaba el artículo 195 de la citada Ley para obtener sumariamente la restitución del vehículo depositado provisionalmente, comprueba, en sentir del Tribunal, que el perjuicio proviene más de la negligencia del dueño que de los actos de denuncia, embargo y depósito del automóvil, obtenidos por el ejecutante Mor. Ciertos o no estos indicios, era el caso de que el recurrente los hubiera atacado en este recurso amoldándose a las normas de casación, amplia y repetidamente establecidas en la jurisprudencia de la Corte y que pueden resumirse así:

"El recurrente en casación puede atacar la prueba de indicios en que se apoyó el Tribunal sentenciador, demostrando que tales indicios no están probados, o que las pruebas demostrativas del indicio han sido apreciadas por el sentenciador con error evidente de hecho."

El cargo resulta, pues, ineficaz.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide:

1º No es casable la sentencia dictada en este juicio el once de diciembre de 1929, por el Tribunal Superior de Bogotá; y

2º Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JUAN N. MENDEZ — Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito de Sogamoso el señor Tomás Cerón Camargo demandó al señor Marco A. Quijano para que por sentencia definitiva se hiciesen las declaraciones que en seguida se copian:

"Primera. Que soy dueño de ocho fanegadas de tierra en el predio llamado Potreronuevo, en la hacienda de Las Lomitas, ubicado en el sitio de Pinzón, vereda del Tintal, jurisdicción de Firavitoba, que linda, en general así: por un costado, con tierras de El Diamante, de propiedad de Miguel Sánchez; por dos costados, con tierras de la sucesión de Francisco Gómez Pineda, que están en poder de Marco A. Quijano, Rosa Quijano y su marido Rafael Rosselli, Parmenia Quijano y su marido Fernando Camargo, y la sucesión de Julio C. Durán, y por el último costado, con las de Silvestre Arenas.

"Segunda. Que las ocho fanegadas de tierra de que trata el punto anterior, están incluidas en el lote que Marco A. Quijano compró a Marcos C. Quijano, y éste vendió a aquél, según consta en la escritura pública número novecientos treinta y cinco (935), otorgada ante el Notario 1º de Sogamoso el veintitrés de diciembre de mil novecientos diez y ocho.

"Tercera. Que la finca de Potreronuevo, de la cual hacen parte las ocho fanegadas de tierra de mi propiedad, es la misma que fue adjudicada a Marcos C. Quijano en una partición de bienes comunes de éste con Julio C. Durán, que consta en la escritura pública número doscientos treinta y cinco, otorgada ante el Notario segundo de Sogamoso el tres de junio de mil novecientos quince.

"Cuarta. Que las ocho fanegadas de Potreronuevo, de que soy dueño, que están comprendidas en el lote que Marco A. Quijano compró a Marcos C. Quijano, según consta en la escritura mencionada en el punto segundo, que son las mismas del Potreronuevo, que correspondió a Marcos C. Quijano en la partición que consta en la escritura mencionada en el punto tercero anterior, son las mismas cuya tenencia usurpó Marcos C. Quijano a Leopoldo Zambrano, quien era depositario judicial de ellas en el juicio ejecutivo que siguió Nemesio Isaza O. contra Manuel Gómez Pineda, desde mil novecientos siete al doce de abril de mil novecientos doce, el cual terminó por desistimiento.

"Quinta. Que habiendo terminado por desistimiento el juicio ejecutivo mencionado en el punto anterior, las cosas fueron repuestas al estado que tenían en el momento del embargo y secuestro, es decir, al poder de Manuel Gómez Pineda.

"Sexta. Que estando legalmente notificado el auto de doce de abril de mil novecientos doce en el juicio ejecutivo seguido por Nemesio Isaza, el cual puso término al mismo, declarando desembargada la finca embargada, ha cancelado ipso jure la nota de embargo en el libro de registro respectivo, en lo concerniente a las ocho fanegadas de tierra de Potreronuevo.

"Séptima. Que Manuel Gómez Pineda ha tenido perfecto derecho para transferirme su derecho de dominio, adquirido por él, por adjudicación que se le hizo de Potreronuevo, en el juicio de sucesión de Francisco Gómez Pineda.

"Octava. Que no teniendo título alguno a las ocho fanegadas de Potreronuevo Marcos C. Quijano, ni Julio C. Durán, no tenían derecho para disponer de ellas, como lo hicieron, en virtud de la escritura pública mencionada en el punto tercero anterior.

"Novena. Que Marcos C. Quijano vendió a Marco A. Quijano, y éste compró a aquél, cosa ajena.

"Décima. Que Marco A. Quijano está obligado a restituir las ocho fanegadas de tierra de Potreronuevo, mencionadas en los puntos anteriores, y debe entregármelas en el tiempo que se le fije después de notificada la sentencia.

"Undécima. Que Marco A. Quijano está obligado a pagarme los frutos naturales y civiles de las ocho fanegadas de Potreronuevo, desde la notificación de esta demanda hasta que haga la restitución; y no sólo los que él perciba, sino los que yo percibiría, administrándolas con mediana inteligencia y actividad.

"Duodécima. Que ni los derechos de Manuel Gómez Pineda para disponer de las ocho fanegadas de Potreronuevo, ni los míos para adquirirlas, se han extinguido por la prescripción.

"Décimatercera. Que en caso de oposición el demandado debe pagar las costas de este juicio."

Apoyó esta demanda en el Título 12 del Libro 2º y artículo 871 del Código Civil, Título 9º del Libro II del Código Judicial y en los hechos siguientes:

"Primero. De la escritura número mil trescientos treinta y ocho, otorgada por Manuel Gómez Pineda a mi favor, ante el Notario primero de Sogamoso, el diez y ocho de octubre de mil novecientos veintiséis, consta que aquél me vendió y yo le compré los bienes raíces descritos en el punto primero petitorio.

"Segundo. De la escritura pública número novecientos treinta y cinco, otorgada el veintitrés de diciembre de mil novecientos diez y ocho ante el Notario primero de Sogamoso, consta que Marcos C. Quijano vendió a Marco A. Quijano, y éste compró a aquél, un lote de terreno en Pinzón, jurisdicción de Firavitoba, comprendido dentro de los linderos siguientes: desde el punto de la callejuela de entrada del doctor Julio C. Durán, subiendo por la quebrada de Vanegas, de por medio con propiedad de Carmen Rosa y Parmenia Quijano; y vuelve, vallado por medio, con el potrero del Diamante; de los Sánchez, hasta encontrar la puerta del potrero del Sauz; desde ésta, por la línea recta del alambre, al río

Chiquito, con terreno de Carmen Rosa y Parmenia Quijano; vuelve por el río Chiquito, de por medio, y cercas de tapia y alambre, con los de la señorita Elvira Archila, a encontrar una cerca de alambre y tierra, de propiedad de Julio C. Durán, por el curso de ella, a encontrar la callejuela del doctor Julio C. Durán; y por cerca de ésta al primer lindero.

"Tercero. En la escritura pública número doscientos treinta y cinco, otorgada ante el Notario segundo de Sogamoso por Julio C. Durán y Marcos C. Quijano, el tres de junio de mil novecientos quince, se lee lo siguiente, en la cláusula e):

'Al comunero Quijano, por su derecho, se le adjudica el resto de la finca, o sea el **Potreronuevo**, a excepción de la callejuela....'

"Cuarto. De la diligencia practicada el veintiocho de julio de mil novecientos ocho, consta que fueron entregados en depósito judicial o secuestro, a Leopoldo Zambrano, las ocho fanegadas de **Potreronuevo**.

"Quinto. Del auto fechado el doce de abril de mil novecientos doce, en el juicio ejecutivo que siguió Nemesio Isaza contra Manuel Gómez Pineda, consta que éste terminó por desistimiento, que fueron declaradas desembargadas las ocho fanegadas de tierra de **Potreronuevo**, y se ordenó la entrega de las mismas.

"Sexto. El depositario o secuestre de las ocho fanegadas de **Potreronuevo**, Leopoldo Zambrano, no ha restituido el secuestro, por haber usurpado la finca Marcos C. Quijano y vendidola a Marco A. Quijano.

"Séptimo. **Potreronuevo** pertenece a la sucesión de Francisco Gómez Pineda.

"Octavo. Manuel Gómez Pineda es el único heredero declarado de Francisco Gómez Pineda.

"Noveno. No estoy en posesión material de las ocho fanegadas de **Potreronuevo**, compradas a Manuel Gómez Pineda.

"Décimo. Marco A. Quijano está en posesión de ellas.

"Undécimo. Desde la notificación de esta demanda Marco A. Quijano empieza a ser poseedor de mala fe de las ocho fanegadas de **Potreronuevo**, que son de mi propiedad, y cuya posesión inscrita tengo."

Por medio de apoderado contestó la demanda Quijano, rechazando las pretensiones del actor, negando unos hechos, aceptando otros y oponiendo varias excepciones perentorias.

El actor adicionó luego su demanda pidiendo que se hicieran estas otras declaraciones:

"Décimacuarta. Que el señor Marcos C. Quijano, comprador de Manuel Gómez Pineda, primero de la tercera parte del lote compuesto de los fundos denominados **Bosque**, **Pinzoncito** y **Potreronuevo**, por medio de la escritura pública número trescientos treinta y uno (331), de veinticuatro (24) de abril de mil novecientos cinco (1905), otorgada ante el Notario primero de Sogamoso, y luego, de la mitad del derecho que le quedaba en las dos terceras partes del lote compuesto de los mismos fundos, por escritura pública número doscientos veintiséis (226) de tres (3) de mayo de mil novecientos seis (1906), consintió en su calidad de comunero en esa cosa singular, consistente en el lote indicado, en que Manuel Gómez Pineda denunciara para el pago de una suma de pesos, por la cual lo ejecutaba el año de mil novecientos seis (1906) fray Juan Nepomuceno Parra,

las dos terceras partes o las tres cuartas partes del **Potreronuevo** en cuestión, o sean las mismas ocho fanegadas del mismo, que Gómez Pineda denunció en el juicio ejecutivo que le siguió Nemesio Isaza O.; que Marcos C. Quijano manifestó su consentimiento aceptando el cargo de depositario o secuestre de la parte denunciada en el primer juicio ejecutivo mencionado (el que seguía el Padre Parra a Gómez Pineda), sin hacer objeción alguna legal ni de otra índole; que habiendo terminado por desistimiento el juicio ejecutivo seguido por el Padre Parra o doctor Parra contra Gómez Pineda, Marcos C. Quijano ha debido restituir el secuestro, lo cual no hizo; que habiendo quedado cancelada ipso jure la nota de registro del auto de embargo en este mismo juicio, pudo este lote ser embargado en el nuevo juicio ejecutivo iniciado por Nemesio Isaza contra Manuel Gómez Pineda, y quedó legalmente fuera del comercio en virtud del auto de embargo registrado antes de la venta que el último hizo a Julio C. Durán de la parte que le quedaba en el lote compuesto de los tres fundos mencionados; que de esta venta exceptuó Gómez Pineda las fanegadas denunciadas en el juicio ejecutivo últimamente mencionado; que Gómez Pineda no podía vender legalmente, ni Durán comprar las ocho fanegadas embargadas, porque un contrato de compraventa en estos términos y condiciones, es prohibido, a causa de ilicitud, por el artículo 1521 del Código Civil; que habiendo consentido Quijano en el embargo y secuestro de las dos terceras partes o tres cuartas partes de **Potreronuevo**, aceptando él el cargo de secuestre en el ejecutivo seguido por Fray Juan Nepomuceno Parra contra Manuel Gómez Pineda, no habiendo restituido el depósito y habiendo sido después excluidas de la venta a Julio C. Durán las ocho fanegadas dichas, quedaron ipso facto separadas de la comunidad de la cosa singular que quedó constituida entre Quijano y Durán; que el juicio ejecutivo que siguió Nemesio Isaza contra Manuel Gómez Pineda terminó por desistimiento en mil novecientos doce, y por tanto las ocho fanegadas de tierra de **Potreronuevo**, deben volver a la libre disposición de Manuel Gómez Pineda; que no hay título de compraventa de las ocho fanegadas mencionadas tantas veces, en favor de Quijano ni de Durán; que no ha sido registrado título alguno traslativo de ellas, antes del mío; que nadie antes que yo ha podido pactar cosa alguna que tenga por objeto las ocho fanegadas de **Potreronuevo** que he comprado a Manuel Gómez Pineda, sin el conocimiento y consentimiento de él, sin violar la ley y atropellar los derechos de mi vendedor."

A los hechos de la demanda primitiva agregó los siguientes:

"Doce. Dos terceras o tres cuartas partes de **Potreronuevo** mencionado, fueron embargadas en el ejecutivo seguido por Fray Juan Nepomuceno Parra contra Manuel Gómez Pineda en el año de mil novecientos seis.

"Trece. Marcos C. Quijano aceptó la separación de la comunidad que existía entre él y Manuel Gómez Pineda de las ocho fanegadas, dos terceras o tres cuartas partes de **Potreronuevo**, y en señal de asentimiento tomó posesión del cargo de depositario o secuestre de las mismas, y las recibió en el juicio ejecutivo citado en el hecho anterior.

"Catorce. Marcos C. Quijano no ha restituido el depósito o secuestro consistente en las dos terceras o tres cuartas partes u ocho fanegadas de **Potreronuevo**,

"Diez y seis. Marcos C. Quijano vendió a su señor hijo el doctor don Marco A. Quijano, cosa ajena, al incluir en la venta las ocho fanegadas dichas.

"En consecuencia deben serme entregadas las ocho fanegadas de **Potreronuevo**, al tenor de la demanda; pero si el señor Juez no participa de mi punto de vista, le pido subsidiaria y condicionalmente que me mande entregar las ocho fanegadas de **Potreronuevo** para la comunidad en la cosa singular que pueda existir entre la sucesión de Julio C. Durán, los compradores de los tres fundos mencionados arriba a Marcos C. Quijano y yo, para el caso de que la hijuela de adjudicación de los fundos de la herencia de Francisco Gómez Pineda no esté inscrita en el libro primero del registro de instrumentos públicos y privados de este Circuito, que es el acto jurídico que determina la traslación de los bienes del difunto a sus herederos."

Contestada negativamente la reforma de la demanda y seguido el juicio por todos sus trámites, el Juez de primera instancia lo falló así:

"1° No hay lugar a hacer las declaraciones y condenas pedidas por el demandante, tanto en su demanda originaria como en el escrito que la adiciona y corrige.

"2° CANCELASE la inscripción de la demanda; y

"3° CONDÉNASE en costas al demandante."

El Tribunal de Santa Rosa de Viterbo reformó en estos términos la sentencia del Juez:

"Por razón de lo expuesto, atendido el artículo 51 de la Ley 105 de 1890 y,..... el Tribunal reforma la decisión apelada en el sentido de declarar probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo y de un modo indebido y absolviendo, en consecuencia, al demandado de los cargos de la demanda, y de las costas de la primera instancia.

"Sin costas (artículo 6° de la Ley 39 de 1921).

Contra este último fallo, el demandante interpuso recurso de casación, que la Corte admite por reunir para ello las condiciones legales.

Antes de estudiar los reparos formulados en el alegato de casación, importa, para la mejor inteligencia del asunto, hacer una relación de los títulos del terreno que es materia de la reivindicación.

El 22 de marzo de 1902 fue inventariado en el juicio de sucesión de Francisco Gómez Pineda un lote de terreno situado en el Municipio de Firavitoba, compuesto de tres potreros denominados **Pinzoncito**, **El Bosque** y **Potreronuevo**, cuyos linderos se expresaron en la diligencia respectiva.

Tal lote fue avaluado en la suma de doscientos mil pesos; verificada la partición, a Manuel Gómez Pineda le fue adjudicada una cuota de dominio en dicho lote por valor de ciento treinta y tres mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos (\$ 133,445), y la otra, por valor de sesenta y seis mil quinientos cincuenta y cinco pesos (\$ 66,555), al señor Marcos C. Quijano. Quedó, pues formada entre los dos adjudicatarios una comunidad en el globo de terreno expresado.

El 24 de abril de 1905 el comunero Gómez Pineda vendió al otro comunero, señor Marcos C. Quijano, la tercera parte de los derechos que tenía en el globo común.

En el año siguiente, el mismo Gómez Pineda vendió a Quijano la mitad de los derechos que le quedaban en el expresado globo.

El 2 de abril de 1908, Gómez Pineda vendió al doctor Julio C. Durán los derechos que le quedaban en el referido lote de tierras, expresando que no tenía vendidos, enajenados ni empeñados los derechos objeto del contrato, a excepción de una parte pequeña en **Potreronuevo**, denunciada judicialmente por el vendedor.

En 1915 los comuneros Marcos C. Quijano y Julio C. Durán practicaron una división del globo de que se viene hablando, compuesto como se ha dicho, de los potreros de **El Bosque**, **Potreronuevo** y **Pinzoncito**. Formaron y delimitaron los lotes, y a Quijano le correspondió entre otros lotes, el de **Potreronuevo**, a excepción de una callejuela que se dejó para dar entrada al lote que se le señaló al comunero Durán.

Así las cosas, el 18 de octubre de 1926 Manuel Gómez Pineda transfirió al doctor Tomás Cerón Camargo, a título de venta, el derecho de dominio que dijo tener sobre ocho fanegadas de tierra, junto con sus frutos, en el fundo denominado **Potreronuevo**, cuyos linderos expresó en la escritura. Declaró que estas ocho fanegadas son las mismas que le fueron embargadas en el juicio ejecutivo que le siguió Nemesio Isaza como cesionario de Pedro María González, las cuales fueron desembargadas por auto del Juzgado 2°, fechado el 12 de abril de 1912.

Es preciso tener en cuenta que los derechos y acciones a esas ocho fanegadas de terreno de **Potreronuevo** fueron denunciados por Manuel Gómez Pineda en la supradicha ejecución, cuando era comunero con Marcos C. Quijano en todo el globo de tierras de que hacían parte, bajo los linderos generales de todo el fundo, y que al venderle Gómez Pineda a Julio C. Durán los derechos que le quedaban en la totalidad del terreno, expresó que tales derechos estaban libres de gravamen, con excepción de una pequeña parte que se hallaba embargada.

El embargo de esos derechos y acciones se levantó a virtud de desistimiento del juicio ejecutivo, hecho por el apoderado del acreedor Salvador Avella, a quien Julio Durán le pagó el crédito con tres fanegadas en el globo conocido con el nombre de **Pinzoncito**, **El Bosque** y **Potreronuevo**, para cancelar la deuda de su vendedor Gómez Pineda, y bajo la condición de desistimiento del juicio, que el comprador cumplió estrictamente. Eso se verificó en 1912, y no aparece que Gómez Pineda hiciera reclamación alguna al respecto.

Por escritura pública de 23 de diciembre de 1918, Marcos C. Quijano vendió a Marco Antonio Quijano y a las señoritas Carmen Rosa y Parmenia Quijano el derecho de propiedad que tenía sobre la hacienda de Las Lomitas (ésta la obtuvo por adjudicación en la mortuoria de Francisco Gómez Pineda y por compra a Manuel Gómez Pineda y a Julio C. Durán), determinando por linderos precisos la parte que a cada uno de los compradores le vende, y reservándose el usufructo.

El doctor Cerón Camargo, fundándose en la venta que Manuel Gómez Pineda le hizo de ocho fanegadas en **Potreronuevo**, demanda a Marco A. Quijano para que las restituya.

El Juez resolvió que no había lugar a hacer las declaraciones pedidas, y el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo reformó la decisión anterior, como se ha visto, en el sentido de declarar probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo o de un modo indebido.

El fundamento de esta excepción consiste en que perteneciendo las ocho fanegadas de Potreronuevo, que son objeto de la demanda, a una comunidad constituida sobre el globo de tierras que formaban los potreros de El Bosque, Pinzoncito y Potreronuevo, y en la cual eran partícipes Marcos C. Quijano y Manuel Gómez Pineda, no puede prosperar la petición de la demanda en que el doctor Cerón Camargo solicita que se le declare dueño exclusivo de las dichas ocho fanegadas de Potreronuevo, que hacían parte del predio indiviso.

Tampoco puede prosperar la acción subsidiaria, dice el Tribunal, porque el demandante pide que se le manden entregar a él las ocho fanegadas para la comunidad formada por la sucesión de Julio C. Durán, los compradores de Marcos C. Quijano y por el demandante, pues él no es representante legal ni judicial de los causahabientes de Marcos C. Quijano, y porque incluye la sucesión de Julio C. Durán, que nada tenía que ver con el asunto.

Menos puede decretarse, dice el Tribunal, la petición subsidiaria en favor de la herencia de Francisco Gómez Pineda, porque aquella comunidad terminó por la liquidación y adjudicación de los bienes hereditarios.

Estos son los fundamentos de la sentencia de la segunda instancia.

Alega el recurrente la primera causal de casación, y le hace los siguientes cargos:

1º Violación del artículo 817 del Código Judicial, porque, según él, el desistimiento de la demanda repone las cosas al estado que tenían antes de interpuesta, de modo que las ocho fanegadas de Potreronuevo volvieron al dominio del ejecutado Gómez Pineda, en virtud del desistimiento del juicio ejecutivo en que las había denunciado, y no a la comunidad de que hacían parte.

Si Manuel Gómez Pineda, dice el recurrente, separó de facto, como se presume, las ocho fanegadas de Potreronuevo, las denunció luego en la ejecución dicha para el pago de lo debido, le fueron embargadas y secuestradas, este hecho ha engendrado en favor de Manuel Gómez Pineda un estado de derecho que el Tribunal ha debido reconocer, pero que le ha desconocido anulándole su persona civil, con lo cual ha violado el artículo 1851 del Código Civil, porque no consta en parte alguna que Gómez Pineda sea inhábil para celebrar contratos, y el 2330 del mismo Código, porque cada comunero tiene opción para que se le señale en la cosa común y para su uso particular, una porción proporcional a la cuota de su derecho, tanto más cuanto que siendo dueño de una tercera parte en el globo de tierras compuesto de los potreros del Bosque, Pinzoncito y Potreronuevo, sólo separó ocho fanegadas de este último.

Considera la Corte que la demanda se dirige a que le sea reconocida al actor la propiedad exclusiva de ocho fanegadas de tierra de Potreronuevo, que le compró al señor Manuel Gómez Pineda por la escritura que se acompaña a la demanda; pero como está probado, y así lo reconocen las partes, que el vendedor era comunero en el globo indiviso formado por los potreros del Bosque, Pinzoncito y Potreronuevo, la venta de una parte determinada del indiviso (ocho fanegadas en Potreronuevo), no ha hecho dueño al comprador de dicha parte determinada, cuyo dominio exclusivo está sujeto a los resultados de la partición, sin que esto implique, como dice el recurrente, desconocimiento de la personería civil de Gómez Pineda, y sin que por el reconocimiento de

ese hecho se haya violado el artículo 2330 del Código Civil, porque tal disposición estatuye que cada comunero tiene derecho a que se le señale una porción de la tierra labrantía que posee en común, proporcional a la cuota de su derecho, para su uso particular, pero no a que se le señale en propiedad parte alguna del globo común mientras subsiste la indivisión, para que pueda disponer, como dueño de esa parte.

Segundo cargo. Dice el autor del recurso que el Tribunal no lo ha reconocido ni siquiera como parte, siendo así que él compró a Gómez Pineda las ocho fanegadas en Potreronuevo, que son materia de la reivindicación y, por lo mismo, le ha desconocido su derecho de comprador y de dueño de tales fanegadas. Enumera así las violaciones de la ley en que el Tribunal incurrió por este concepto:

"Luego el Tribunal ha violado en la sentencia los siguientes artículos del Código Civil: 673, en cuanto desconoce que Manuel Gómez Pineda me ha entregado y yo he adquirido, ocho fanegadas de Potreronuevo, por medio de la escritura número 1338 de 18 de octubre de 1926, que debidamente registrada se halla entre los folios 1 y 3 del cuaderno de primera instancia; es decir, en cuanto desconoce que yo puedo adquirir el dominio de las cosas por medio de la tradición; el 756, en cuanto desconoce que la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en la oficina de Registro de instrumentos públicos; el 745, en cuanto a pesar del título registrado que he presentado, se desconoce la validez de la tradición de la cosa vendida, no adoleciendo el título de venta de vicio alguno; el 949, en cuanto me desconoce el derecho para reivindicar una cuota determinada proindiviso en una cosa singular: ocho fanegadas en Potreronuevo, con las demás de que consta la finca de que es poseedor, en virtud de título inscrito, Marcos A. Quijano; el 950, en cuanto me desconoce la propiedad plena de la cosa que reivindico; el 952, en cuanto desconoce mi derecho para reclamar la cosa de la persona que ha confesado ser poseedor de ella en relación con la escritura número 935, de 23 de diciembre de 1918; el 1851, en cuanto desconoce la habilidad de Manuel Gómez Pineda para venderme y la mía para comprarle, una cuota determinada proindiviso en una cosa singular; el 1857, en cuanto desconoce que el contrato de compraventa celebrado entre Manuel Gómez Pineda y yo, que consta en la escritura número 1338, de 18 de octubre de 1926, debidamente registrada, autoriza una venta perfecta; el 1871, en cuanto desconoce la validez de la venta de cosa ajena, en el supuesto de que las ocho fanegadas de Potreronuevo no fueran de Manuel Gómez Pineda sino, como dice la sentencia, de la comunidad Quijano-Gómez Pineda, como consecuencia de la conclusión deducida a causa de haber saltado por sobre el estado de derecho de estar Manuel Gómez Pineda en posesión de una propiedad suya, denunciada como tal en el juicio ejecutivo de Nemesio Isaza contra él; el 1868, en cuanto desconoce a Manuel Gómez Pineda el derecho de vender una cuota determinada proindiviso en Potreronuevo, sin el consentimiento de Quijano.

A esta acusación responde la Corte que el Tribunal no ha desconocido el contrato de compraventa celebrado por Manuel Gómez Pineda y el recurrente, sino su alcance para obtener la declaración de propiedad de un fundo, que en concepto del sentenciador, en vista de los

títulos presentados, pertenece a una comunidad. La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular para obtener la entrega de ella, y, por lo mismo, es preciso demostrar la calidad de dueño como elemento primordial, a fin de que prospere la acción.

Tercer cargo. Violación del artículo 282 del Código Judicial, en cuanto no declara el Tribunal que Marco A. Quijano perdió la posesión de las ocho fanegadas de **Potreronuevo**, materia del juicio, por haber dicho en la contestación de la demanda que no era poseedor de ellas y estar el libelo dirigido contra persona diversa de la obligada a responder.

Se refiere este cargo a la contestación que dio Quijano al responder el hecho décimo de la demanda, en que se afirma que el demandado está en posesión de las ocho fanegadas materia de la reivindicación, y al cual contestó: "Es cierto, pero de la nuda propiedad." El demandante promovió una articulación para que con aplicación del artículo 282 del Código Judicial, se condenara a Quijano a perder la posesión por haber negado tenerla, siendo así que se había probado lo contrario; pero el Juez del conocimiento, doctor Antonio José Reyes, negó la petición, teniendo en cuenta que Marcos C. Quijano se había fundado en un hecho verdadero, desde luego que conforme a la escritura pública número 935, de fecha 23 de diciembre de 1918, otorgada en Sogamoso, el señor Marcos C. Quijano había vendido únicamente la nuda propiedad al demandado y a las señoras Rosa y Parmenia Quijano, de la hacienda de Las Lomitas, en la cual estaban incluidas las fanegadas de **Potreronuevo**, pues se había reservado el usufructo de dicha hacienda durante su vida y la de su esposa Rosa Niño.

Ahora, si, en derecho estaba bien dirigida la demanda contra el nudo propietario, por ser sólo mero tenedor el usufructuario, fue cuestión que resolvió afirmativamente el Tribunal en la sentencia de fondo, pero no era el caso de la aplicación del artículo 282 del Código Judicial, desde luego que si el demandado pudo errar en derecho, en el hecho su afirmación estaba ajustada a la verdad.

Cuarto cargo. Quebrantamiento del artículo 837 del Código Judicial, en cuanto el Tribunal no ha tenido en cuenta que el objeto de los procedimientos judiciales es el de que la sentencia sea conforme con la verdad de los hechos y conforme a la ley sustantiva en el derecho.

Sobre este punto ha dicho la Corte:

"La transgresión del artículo 837 del Código Judicial no puede servir en sí misma para fundar una causal de casación. Porque si sostiene que una sentencia no está conforme con la verdad de los hechos y con la ley sustantiva en el derecho, es porque se afirma, o que en ella se han cometido errores al apreciar las pruebas, o que en ella se han infringido una o varias disposiciones legales sustantivas, y por consiguiente hay necesidad de hacer patentes dichos errores en el primer caso, e indicar cuáles son las disposiciones legales infringidas y el concepto en que lo hayan sido en el segundo." (Casación 10 de agosto de 1922, XXIX, 234, 2ª).

Quinto cargo. Infringió el Tribunal el artículo 50 de la Ley 105 de 1890, en cuanto en la sentencia se falla por segunda vez el incidente de excepciones dilatorias, pues la petición antes de tiempo o de un modo indebido no puede ser propuesta en juicio reivindicatorio de una cuota proindiviso de una cosa singular, como excepción perentoria, sino como excepción dilatoria. La sentencia

absuelve al demandado de los cargos de la demanda, por los vicios del libelo, vicios que han resultado de la errónea interpretación del artículo 817 del Código Judicial y de la omisión de analizar los derechos establecidos por los artículos 673, 745, 949, 950, 952, 1851, 1857, 1871, del Código Civil, artículos que han sido violados en la sentencia. Con relación a este cargo acusa la sentencia por los siguientes errores de hecho y de derecho:

"El Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar la prueba contenida en el auto interlocutorio del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, y que se halla entre los folios 119 y 123 del cuaderno de primera instancia, en la parte que empieza en los cinco últimos renglones del folio 121 vuelto, en cuanto el Tribunal admite en perjuicio de Gómez Pineda, la prueba de testigos contra la prueba que consta en los documentos auténticos citados allí mismo, violando el artículo 2276 del Código Civil, y por cuanto de allí toma asidero para sostener que los bienes denunciados por Manuel Gómez Pineda como de su propiedad en el juicio ejecutivo de Nemesio Isaza contra éste, fueron bienes usurpados por Marcos C. Quijano para que dispusiera de ellos como lo hizo según las constancias de las escrituras visibles a los folios 3 y siguientes y 150 y siguientes del cuaderno de primera instancia.

"El Tribunal incurrió en error de hecho y por tanto de derecho en la apreciación de la prueba que consta en documentos auténticos visibles a los folios 155 vuelto a 159, del cuaderno de primera instancia, a saber: el auto de embargo, su notificación, el oficio al Registrador de instrumentos públicos, la nota de registro, la diligencia de depósito y entrega, el memorial de desistimiento, el auto de doce de abril de mil novecientos doce y la nota de haber mandado cancelar el registro, en cuanto declara propiedad de la comunidad Quijano-Gómez Pineda, para que vuelva a ésta después del desembargo, una cuota determinada, denunciada como de su propiedad por Manuel Gómez Pineda, en el juicio ejecutivo que se menciona en las pruebas apreciadas erróneamente por el Tribunal, cuando de autos no consta prueba alguna en contra de la propiedad que entonces tenía Manuel Gómez Pineda hasta el diez y ocho de octubre de mil novecientos veintiséis, en que me vendió tal cuota. Violó por esta razón, directamente el artículo 817 del Código Judicial.

"El Tribunal incurrió en error de hecho y por consiguiente de derecho, en la apreciación de la prueba contenida en las escrituras números 331, de 24 de abril de 1905; 226, de 3 de mayo de 1906, y 144, de 2 de abril de 1908, visibles a los folios 96 y 102 del cuaderno de primera instancia, las dos primeras, y folios 115 y siguientes la última; puesto que la sentencia no reconoce que no existía la comunidad de propiedad en las ocho fanegadas de **Potreronuevo**, denunciadas por Manuel Gómez Pineda en el juicio ejecutivo que le adelantaba Nemesio Isaza, pues lo fueron como de su propiedad; pues después de haber vendido a Marcos C. Quijano las dos terceras partes de sus derechos en el globo de terreno compuesto de los potreros llamados **El Bosque**, **Pinzoncito** y **Potreronuevo**, denunció las ocho fanegadas dichas, en el ejecutivo ídem como de su propiedad; luego las hizo figurar en el globo de derechos que vendió a Julio C. Durán, del cual consta excluido en la escritura número 144 de 2 de abril de 1908. El Tribunal ha confundido la comunidad de pro-

piedad con la comunidad corporal de las ocho fanegadas de Potreronuevo con el resto de esta finca, y violó por esta razón los artículos 673, 745, 949, 950, 952, 1851, 1857, 1868 del Código Civil; 837 del Código Judicial, y 51 de la Ley 105 de 1890, directamente. Potreronuevo, según la diligencia de depósito visible al folio 123 vuelto del cuaderno de primera instancia, tiene una extensión mayor de ocho fanegadas. La comunidad de propiedad entre Marcos A. Quijano y yo, no existe sobre las ocho fanegadas de Potreronuevo, sino sobre toda la finca de Potreronuevo.

"Son aplicables a este pleito los artículos 673, 745, 949, 950, 952, 1851, 1857, 1871 y 1868 del Código Civil; 282, 817 y 837 del Código Judicial; 50 y 52 de la Ley 105 de 1890."

Precisamente la conclusión a que llega el autor del recurso después de la larga disertación que acaba de leerse sobre errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal, esto es, que la comunidad de propiedad entre Marco A. Quijano y el recurrente no existe sobre las ocho fanegadas de Potreronuevo sino sobre toda la finca de Potreronuevo, fue lo que determinó la sentencia del Tribunal, quien expuso, en vista de los títulos, que había una comunidad entre el demandante y Marcos C. Quijano, no Marco A. Quijano, en el predio de Las Lomitas, de que hacía parte Potreronuevo, y que por lo mismo, no podía hacerse la declaración de que las ocho fanegadas de este último pertenecieran al demandante sino a los dueños en comunidad, señores Quijano C. y Manuel Gómez Pineda.

El recurrente dice después que no tiene comunidad con Marco A. Quijano ni su causante en la propiedad de las ocho fanegadas sobredichas, aunque corporalmente están proindiviso con mayor extensión de las tierras de Potreronuevo, pero ya se ha visto que son infundados los reparos hechos a la sentencia, en cuanto desconoce esa propiedad exclusiva.

En cuanto atañe a la calificación de la excepción que declaró probada el Tribunal, aunque el recurrente se limita a opinar que es dilatoria, basta observar que no pudiendo hacer declaración de propiedad de la cosa que se reivindica, por no haber comprobado el actor su calidad de dueño exclusivo, cabe como perentoria la excepción de petición de un modo indebido enumerada como tal en el artículo 479 del Código Judicial, ya que conduce a la absolución del demandado.

Alega el recurrente la segunda causal de casación y sostiene que el Tribunal dejó de resolver sobre la sanción que establece el artículo 282 del Código Judicial cuando el demandado niega tener la cosa que se le demanda y el actor prueba lo contrario.

Considera la Corte que al estudiar la primera causal se vio que no era el caso de aplicar la sanción, ya que el demandado afirmó que estaba en posesión de la nuda propiedad de las ocho fanegadas, puesto que el usufructo se lo había reservado su vendedor, y sobre esta base el Tribunal disertó en la sentencia conceptuando que aunque el hecho era cierto, la demanda había sido bien dirigida contra el demandado, por ser el usufructuario mero tenedor.

El Tribunal consideró el punto en derecho y no puede sostenerse que se abstuviera de fallarlo, ya que la sentencia fue absolutoria, por haber hallado probada una excepción, y por lo mismo abarcó todos los extremos de la litis.

Dice el recurrente que hubo exceso en la sentencia, por cuanto el Tribunal estimó que las ocho fanegadas, materia de la demanda, pertenecían a la comunidad Quijano-Gómez Pineda, lo que no ha sido materia de este debate. El Tribunal, dice, ha avocado un asunto que no está en discusión, además de haber confundido la comunidad de propiedad con la comunidad corpórea de la cosa que se reivindica con mayor extensión de la cosa singular en la cual está vinculada la cuota que se demanda.

A esto se observa que la sentencia fue absolutoria, y por lo mismo, no es el caso de tildarla por exceso. Además, el Tribunal tenía necesidad de estudiar los títulos del actor para acceder o no a la declaración de dominio solicitada por él, y si halló que de esos títulos aparecía que no era el actor el dueño, sino una comunidad, no puede decirse que entrara a fallar excediéndose de los términos de la litis contestatio.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo el veintisiete de septiembre de mil novecientos veintinueve, y condena al recurrente en las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN N. MENDEZ — Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo veinte de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

El señor Bernardo Alvarez G. demandó al señor Roberto Moreno para que, surtido un juicio ordinario, se hicieran en la sentencia estas declaraciones:

"a) Que el señor Roberto Moreno, demandado, para repetirme lo pagado, está en la obligación de devolverme, dentro del término de seis días, contados desde la ejecutoria del auto que ponga fin a este juicio, la cantidad de un mil quinientos pesos oro, o su equivalente en moneda legal, con sus respectivos intereses al tipo legal, contados desde la fecha en que la recibió hasta el día en que me haga la entrega.

"b) Que el mismo demandado señor Roberto Moreno está en la obligación de entregarme, seis días después de la ejecutoria del auto que ponga fin a este juicio, el título número 29, por diez acciones de milésima en la sociedad minera de La Caída y Popales, la cual le di en pago de la acción que me ganó en el juego de parques, en el cual el elemento principal lo constituyen los dados.

"c) Que en todo caso debe pagarme las costas y costos del presente juicio, si insistiere en él."

Hé aquí los hechos del libelo:

"1º En uno de los días del mes de julio del año de mil novecientos veintitrés, en mi casa de habitación, situada en esta ciudad, en la Carrera Sucre, número 61, nos reunimos los señores Roberto Moreno, Diego Echavarría y Lucio Restrepo y el que estas líneas escribe; y después de charlar un buen rato y de tomar algunas copas, con-

vinimos el señor Moreno y el suscrito en dedicarnos a jugar una acción de diezmilésima en la sociedad minera conocida con el nombre de La Caída y Popales, empleando como medio el juego a los dados, el cual es de suerte y azar; juego éste que se verificó en presencia de los señores Echavarría y Restrepo, ya mencionados, y del señor Benito García.

"2° Con el fin de facilitar el juego de la acción, y para en caso de no entrega de la misma, por parte del que saliera perdiéndola, convinimos en asignarle un valor de un mil doscientos pesos oro, y una vez convenidos, entrámos a jugarla en diferentes paradas, valiéndonos para ello de los dados, los cuales, como ya se dijo, constituyen un juego de suerte y azar.

"3° La sesión de juego a que vengo refiriéndome, se verificó en uno de los días del mes de julio del año de mil novecientos veintitrés, en mi casa de habitación, situada en esta ciudad, en la Carrera Sucre, número 61, dando principio a las ocho p. m. y terminando a las cuatro a. m., hora ésta en la cual entrámos a liquidar las diferentes paradas o partidas ganadas durante la sesión del juego a los dados que, como ya se dijo, constituyen en sí un juego de suerte y azar.

"Terminada la liquidación de las diferentes paradas o partidas, vimos, y de ellos quedámos convencidos, que el señor Roberto Moreno me había ganado la acción de diezmilésima en la sociedad minera de La Caída y Popales, que estábamos jugando.

"4° Pasados algunos días, el señor Roberto Moreno me exigió le entregara la acción de diezmilésima en la sociedad minera de La Caída y Popales, que en días anteriores me había ganado en el juego a los dados en mi casa de habitación, en uno de los días del mes de julio del año de mil novecientos veintitrés, y como no le hice entrega de ella, que en juego mencionado me había ganado, me exigió el pago de la cantidad de un mil doscientos pesos oro, cantidad ésta que de antemano le habíamos asignado al valor de la mencionada acción, para en caso de no entrega; y como no me fue fácil dársela, convinimos en que yo le firmara un documento por esta cantidad; y al efecto, le firmé el documento de fecha veintisiete de julio de mil novecientos veintitrés, del cual hablaré más adelante.

"5° Pocos momentos después, el señor Moreno me llamó a su almacén, situado en esta ciudad, en el Parque de Berrio, por medio de un telefonazo, e inmediatamente acudí a su llamada, y una vez allí, me presentó el documento de fecha veintisiete de julio de mil novecientos veintitrés, por medio del cual me constituí su deudor por la cantidad de un mil doscientos pesos oro; y en el cual se hizo constar, entre otras cosas, lo siguiente: que yo me constituía su deudor por la cantidad de un mil doscientos pesos oro, como ya se ha dicho, y de cuya procedencia no se da cuenta en el aludido documento; que me obligaba a pagarle dicha cantidad al vencimiento del plazo de tres meses, y que en caso de pagarle puntualmente, sólo se me exigiría la cantidad de un mil pesos de igual moneda; y que para garantizarle el pago de la obligación que le firmaba le entregaba en prenda una acción de la sociedad minera de La Caída y Popales, tantas veces mencionada en este libelo.

"6° Al tiempo de firmar el documento ya mencionado, y en presencia de los testigos señores Luis M. Mondragón y Jorge Prieto Villá, hice constar al pie de él, que tenía tres meses más de plazo, y luego, firmado con los testigos mencionados, se lo entregué a mi acreedor; el

cual no me entregó ni antes, ni en el momento mismo, ni después de firmado el aludido documento, la cantidad de un mil doscientos pesos oro que en él se hizo constar; porque el fin que nos proponíamos con él, no era hacer una operación de mutuo, sino únicamente la de reconocerle la cantidad que en el juego a los dados me había ganado, como ya se ha dicho en este memorial, y por la no entrega de la acción de La Caída y Popales.

"7° Cumplido el plazo estipulado en el documento para el pago de él, como yo no lo hiciera, presentó el señor Moreno demanda ejecutiva contra mí, ante uno de los señores Jueces de este Circuito en lo Civil, correspondiéndole en el repartimiento al señor Juez 4° de este Circuito, ante el cual consigné la cantidad de un mil quinientos pesos oro, la cual, por medio de su apoderado, señor Luis Arturo Mesa, la recibió el señor Moreno del señor Juez, en pago del capital, de los intereses devenidos y por las costas del juicio.

"8° En varias sesiones del juego que en el mismo mes de julio del año de mil novecientos veintitrés se verificaron en mi casa de habitación y la sesión final en el Club de la Unión, juego de parques, en el cual el elemento principal lo constituyen los dados, el señor Roberto Moreno me ganó otra acción de diezmilésima en la sociedad minera conocida con el nombre de La Caída y Popales; y como yo no la tenía para entregársela, la conseguí con los señores Miguei Navarro & Compañía, los cuales me la vendieron para pagársela con seis meses de plazo, como se hizo constar en el respectivo documento, por la cantidad de un mil pesos oro; y el día once de julio de mil novecientos veintitrés, le hice entrega al señor Moreno del título número 29, por diez acciones de milésima en la sociedad minera de La Caída y Popales, aceptando para él la carta de traspaso, carta que él también firmó en señal de aceptación; y de esta manera le hice el pago de la acción que en el juego de parques me había ganado."

Agregó que el derecho de la demanda, que tiene la fecha del veintitrés de marzo de mil novecientos veinticinco, se desprende de la doctrina del artículo 95, inciso 2°, de la Ley 153 de 1887 y sus concordantes del Código Civil.

Moreno rechazó la acción deducida contra él.

El Juez 2° en lo Civil del Circuito de Medellín, en sentencia de veinticinco de julio de mil novecientos veintisiete, falló así la controversia:

"En consecuencia, el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, absuelve al demandado del cargo que se le hace en la primera petición y lo condena a devolver a Bernardo Alvarez G., en el término de seis días, a contar del en que se ejecute esta sentencia, el título número 29, por diez acciones de milésima en la sociedad minera de La Caída y Popales. No se hace condenación en costas. Nada más se declara, porque nada más se pidió."

Ambas partes apelaron, y el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de diez y nueve de septiembre de mil novecientos veintiocho, decidió así:

"1° Se condena a Roberto Moreno a devolver a Bernardo Alvarez G., dentro de seis días, contados desde la ejecutoria de esta sentencia, la suma de mil quinientos pesos con sus respectivos intereses, al tipo legal, contados desde la fecha en que los recibió hasta el día en que se verifique el pago, teniendo en cuenta que de la expresada suma se deducirá lo que hubiere pagado a Alvarez por razón de las costas del juicio a que se alude

en el hecho séptimo (7°) de la demanda. La suma líquida respectiva se determinará en la forma prevenida en el artículo 11, numeral 31, de la Ley 39 de 1921.

"2° Se condena a Roberto Moreno a devolver a Bernardo Alvarez G., dentro de seis días, contados desde la ejecutoria de esta sentencia, el título número veintinueve (29) por diez acciones de milésima en la sociedad minera La Caída y Popales.

"Sáquese copia de lo conducente para averiguar la responsabilidad criminal en que hubiere podido incurrir Roberto Moreno por el delito de perjurio.

"Queda en estos términos reformada la sentencia apelada."

Roberto Moreno interpuso recurso de casación y el Tribunal, previo avalúo de la acción, se lo concedió.

La Corte lo admite, por hallarse en las condiciones legales, y procede a decidirlo.

El recurrente impugna la sentencia por la primera causal, fundándola en varios motivos.

Antes de estudiarlos en particular, conviene advertir que la sentencia recurrida descansa sobre la prueba indicial y que, tratándose de semejante prueba, no es lógico desechar aquellos indicios que no versan directamente sobre el asunto que va a establecerse, ni combatir los otros de uno en uno, sino buscando el engranaje existente entre ellos y la fuerza recíproca que se prestan unos a otros. El sentenciador goza de amplia libertad para la apreciación de indicios; y sólo cuando se le convenza de un error evidente de hecho o de derecho en la estimación de los hechos constitutivos de los indicios, es justificable la acusación del fallo. Tal es la doctrina sentada al respecto por la Corte (véanse los números 2006 y 2007 del tomo 3° de la Jurisprudencia), la cual ha agregado que la apreciación que el Tribunal hace de los indicios, en cuanto a su mérito probatorio, es inobjetable en casación, supuesto que tal apreciación es operación exclusiva del criterio y la conciencia del juzgador, no sujeta al veto de la Corte como Tribunal de casación.

La demanda de casación se refiere, en primer término, a la condenación impuesta a Moreno de devolverle a Alvarez mil quinientos pesos, con sus intereses.

Comienza por impugnar este indicio, expuesto en el fallo como uno de la serie que el Tribunal halló para demostrar que los pagos cuya repetición se pretende, provienen del juego:

"a) Las declaraciones de Benito García, Matilde Carrasquilla y María de la Cruz Molina, de las cuales resulta que los señores Alvarez y Moreno amanecían jugando. En este hecho sustancial están de acuerdo los testigos, aunque puedan referirse a distintas épocas y a diversas clases de juego."

Expone el recurrente que las tres declaraciones pueden probar que Moreno y Alvarez jugaban, no a los dados, sino al parcheessi; pero no acreditan que jugaban dinero, acciones u otra cosa, porque esto lo afirma sólo un testigo. Deducir del hecho de que las partes jugaban parcheessi, que en dicho juego Moreno le ganó a Alvarez una o dos acciones, equivale a decir lo mismo del hecho de que se hubieran reunido para verificar una sesión de literatura o arte.

"Cuando el Tribunal deduce del hecho de que las partes jugaban parcheessi, sin que en ello hubieran arriesgado nada, que tal juego fue la causa del documento dicho y de la adquisición de la acción número 29, incurrió en un error de hecho evidente en la apreciación de dichas de-

claraciones, y de derecho, al darles un valor que no tienen, violando de esta suerte el artículo 587 del Código Judicial, ya que entre el hecho cierto y conocido del juego de parcheessi, sin interés material alguno, no hay relación, y menos íntima, que exige el expresado artículo con el juego de acciones de la Sociedad de La Caída y Popales."

Se considera:

El indicio manifestado por el sentenciador es que Moreno y Alvarez amanecían jugando, sin incluir en él la clase de juegos a que se entregaban; y cita las declaraciones en que se apoya tal indicio.

El recurrente, sin desconocer propiamente el hecho del juego, aunque sí dice que era parcheessi, acusa de error evidente de hecho en la apreciación de las declaraciones y de derecho, al darles un valor que no tienen, porque de tales declaraciones no es dable concluir que el juego fue la causa del documento del veintisiete de julio de mil novecientos veintitrés y la adquisición de la acción número 29.

Empero, téngase en cuenta que no es de este solo indicio de lo que el sentenciador saca la consecuencia de que el juego fue la causa del documento y de la adquisición de la acción número 29, sino de la cadena de ellos que expresa en el fallo. Claro es que el indicio presente, considerado aisladamente, ni reviste gran vehemencia, ni mucho menos justificaría la conclusión del Tribunal; pero ya se explicó que hay que tomar los indicios en su conjunto, en su enlace, para que resulte su fuerza de convicción. Por lo demás, aun prescindiendo de las declaraciones de las señoras Carrasquilla y Molina, queda en pie la de Benito García (folio 36 del cuaderno principal), quien habla de una sesión de dados entre demandante y demandado, al terminar la cual oyó el deponente que Alvarez le decía a Moreno que éste le había ganado la acción en la mina de La Caída y Popales. Esta sola declaración bastaría a sustentar el indicio, con arreglo a los artículos 591 y 606 del Código Judicial.

No prospera, pues, este motivo.

En el segundo motivo se impugna el indicio que el sentenciador marcó con la letra b), así concebido:

"El hecho de que en los libros de Moreno no aparece asiento alguno relativo al préstamo de \$ 1,000 o \$ 1,200, ha sido considerado por la parte demandante como plena prueba de que el documento por \$ 1,200 o \$ 1,000, fue suscrito por deuda de juego y no por deuda de dinero a interés. La Sala no estima esa prueba como plena, pero sí la considera como indicio grave de que la deuda a que se refiere el documento de veintisiete de julio, proviene de un juego, y que, por este motivo, mal pudo aparecer la inscripción respectiva en los libros que maneja Moreno como comerciante. Es impertinente la alegación que hace Moreno de que el hecho de no aparecer inscrita la operación de préstamo de \$ 1,000 o \$ 1,200 el veintisiete de julio le ocasionara una multa, pero que no es razón suficiente para considerar que el contrato de mutuo que afirma haber celebrado careciese de causa real. Lo tortuoso de la alegación no hace más que darle mayor fuerza al indicio."

Expone el recurrente que el señor Moreno es comerciante y no lo es el señor Alvarez, y que, por lo mismo, la obligación a que hace referencia el documento es civil; ya que el carácter comercial no lo llevan ambos contratantes. Tratándose de una obligación civil, Moreno no se hallaba en el deber de asentarla en sus libros, porque el artículo 33 del Código de Comercio Terrestre

autoriza para no poner las partidas que no sean mercantiles y que no tengan porqué influir de algún modo en el estado de fortuna y crédito del comerciante. Un préstamo civil de \$ 1,000 no tiene porqué influir en la fortuna y crédito de Moreno. Además, aun entre comerciantes, en materia civil, los libros no tienen más fuerza que las anotaciones privadas, "cuyo relativo valor en el presente caso, ante la existencia de un documento privado prueba plena, con mérito ejecutivo, de la obligación, acaba por perder toda importancia."

"Ahora bien: si en ejercicio de un derecho, Moreno dejó de hacer ese asiento, no puede deducirse de la falta ningún indicio en su contra, porque la ley no puede tener la doble mira contradictoria de autorizar una cosa y de sancionar lo que se haga en virtud de esa autorización. Por esto, cuando el Tribunal apuntó el hecho como indicio grave de que el documento tuviese causa de juego, cayó en error de derecho en la apreciación de la falta de los asientos, supuesto que violó el artículo 33 del Código de Comercio, y quebrantó, igualmente, el artículo 587 del Código Judicial por error de hecho, porque entre la falta de constancia en los libros y el hecho cuya prueba se persigue, no hay relación alguna."

Se considera:

El demandado aseveró en posiciones que el dinero que le entregó a Alvarez lo tenía en su almacén y en su caja. Pedida la exhibición parcial de los libros de aquél, se comprobó que en ellos no existe ningún asiento con fecha de veintisiete de julio, relacionado con el valor del documento (diligencia de exhibición y examen de nueve de septiembre de mil novecientos veinticinco). De este hecho negativo dedujo el sentenciador el indicio grave que se rebate.

Estima la Corte que, de conformidad con el artículo 33 del Código de Comercio, el señor Moreno sí debió inscribir en el Diario la partida referente al valor del documento; pues el artículo prescribe asentar, no sólo las operaciones mercantiles, sino las que puedan influir de algún modo en la fortuna y crédito del comerciante, y aun las cantidades destinadas a gastos domésticos. No puede negarse que la partida de que se trata, influía de algún modo en el estado de fortuna del demandado.

De esta aseveración se desprende que el indicio permanece en su vigor; y en cuanto a la relación que él tenga con la causa del documento, ello es apreciación del sentenciador, no sometida a la revisión de la Corte, máxime si, como queda dicho, los indicios han de ser tomados en conjunto. No se advierten, por tanto, las violaciones que se imputan al Tribunal.

El tercer motivo se refiere al indicio c), expuesto en el folio 101 vuelto.

Dice el recurrente que el indicio parece que abarca también lo relativo al documento del veintisiete de julio de mil novecientos veintitrés.

Expone el Tribunal:

"Habiendo afirmado Alvarez que jugó con Moreno en el mes de julio de mil novecientos veintitrés, una acción de la mina La Caída y Popales (distinta de la acción número 29), resulta que el mismo documento habla de una acción sin número de la mina de La Caída y Popales. El número se dejó en blanco en el documento de veintisiete de julio, sin duda porque Alvarez no había conseguido esa otra acción jugada, o no había considerado necesario comprársela por el momento a los señores Navarros. Y para mejor confirmar que en realidad se jugó otra acción de la mina La Caída y Popales, sos-

tiene Moreno, en síntesis, en medio de graves contradicciones, que el contrato celebrado con Alvarez fue en realidad éste: (aquí la relación de Moreno)."

Objeta el autor del recurso que por el hecho de que en el documento se trate de una acción sin número y de que Moreno hubiese hablado; al absolver posiciones, también de esa acción, sacó el Tribunal que tal acción sin número fue ganada al juego. Como se ve, el indicio parte de la afirmación de Alvarez, según la cual jugó con Moreno en el mes de julio una acción de la mina La Caída y Popales. Sobre la base de tal afirmación, el Tribunal dio valor de indicio a la circunstancia de haberse hablado en el documento de una acción sin número. Sobre esta base, el juzgador incurrió en error de derecho en la apreciación del dicho del demandante, contra lo dispuesto en el artículo 542 del Código Judicial, que impone la carga de la prueba al actor.

"Prescíndase del dicho de Alvarez y jamás podrá deducirse de la estipulación referida el que el título allí mencionado, sin número, hubiese sido adquirido en una sesión de juego."

Se observa:

El Tribunal aduce este indicio para tratar lo relativo a la acción número 29 y no para investigar el origen del documento del veintisiete de julio de mil novecientos veintitrés. Será estudiado con ocasión de las acusaciones contra la segunda parte de la sentencia. Entretanto, téngase presente que, aun desestimando lo que en el párrafo transcrito en este motivo manifiesta el Tribunal respecto del origen o causa del documento, quedan en pie los indicios señalados con las letras a) y b).

Como cuarto motivo, expresa el recurrente que, fuera de los puntos estudiados, parece que el fallo adujera otro en apoyo del origen del juego, que sostiene en relación con el documento de veintisiete de julio. Al respecto reproduce este párrafo:

"Pero examinado el documento de folio 59, en él se expresa que Moreno queda con la obligación de devolver la acción si se le entrega la cantidad de mil pesos (\$ 1,000) antes de tres meses; y en posiciones confiesa que la acción no fue recibida realmente (contestación al postulado 12). Esto confirma de modo claro que Alvarez estuvo en lo cierto cuando afirmó que el documento se había extendido por \$ 1,200 para asegurar el valor de la acción de la mina La Caída y Popales, que Alvarez (sic) le había ganado al juego (postulado 10), y que Moreno no se preocupó de que se le entregara la acción, porque ya tenía asegurado su valor con el documento (postulado 12). Y que Moreno no se preocupó de que se le entregara la acción, lo prueba el hecho de que entró a cobrar en juicio ejecutivo la suma de \$ 1,200 a interés, sosteniendo que dicha suma se la había dado en mutuo al señor Alvarez, como lo confiesa al contestar el hecho 7º de la demanda. Todo lo cual determina la comprobación de un indicio grave en contra de Moreno, de haber ganado al juego una acción de la mina La Caída y Popales a Alvarez, que fue estimada en la suma de \$ 1,200, por los cuales se constituyó deudor Alvarez, con la condición de que, en caso de pagar éste la suma de \$ 1,000 dentro del plazo estipulado de tres meses, Moreno se abstendrá de exigirle la entrega de la acción, y con la condición de que en caso de que Alvarez no pagase los referidos \$ 1,000, tendría Moreno derecho a cobrarle a Alvarez la suma de \$ 1,200, suma en que fue apreciada la acción."

Descomponiendo el párrafo anterior—arguye el recurrente—se sigue:

1° Que en el documento de veintisiete de julio se dijo que Moreno quedaba con la obligación de devolver la acción de la empresa minera dicha, si Alvarez le pagaba antes de tres meses la cantidad de \$ 1,000.

2° Que a pesar de haberse pactado la garantía, consistente en la mencionada acción, no se hizo la entrega, como lo confiesan actor y reo.

3° Que de lo anterior se concluye que Alvarez dijo la verdad al afirmar que el documento se había extendido por \$ 1,200 para asegurar el valor de la acción de la mina La Caída y Popales, que Moreno le había ganado al juego, cuya entrega no preocupó luego a Moreno, pues se limitó a cobrar los \$ 1,200 al vencimiento del plazo.

4° Que lo anterior constituye un indicio grave, de haber ganado Moreno al juego una acción, que fue estimada en \$ 1,200, por los cuales Alvarez se obligó mediante el documento expresado.

"El indicio resulta, por tanto: de haberse estipulado en el documento que Moreno debía reintegrar la acción si Alvarez le pagaba \$ 1,000 antes de vencerse el plazo de tres meses; de no haberse dado la garantía, a pesar de haberse estipulado así, y de no haberse preocupado Moreno de exigir la acción ofrecida en seguridad."

El documento de veintisiete de julio, dice al respecto:

"Como garantía de esta obligación doy en prenda una acción de diez (10) milésimas en la sociedad minera La Caída y Popales, marcado el título con el número..., que queda en calidad de retroventa. Moreno queda con la obligación de devolver la acción si se le entrega la cantidad de mil pesos (\$ 1,000) con sus intereses correspondientes antes de cumplirse el vencimiento de los tres meses de plazo estipulados."

"Esta cláusula tiene su dificultad jurídica, porque habla de prenda y retroventa; pero no ofrece ninguna en cuanto a sus efectos allí previstos, pues trátase de prenda o de venta sujeta a retroventa: debía devolverse el título, si dentro del término acordado, el deudor cumplía la obligación contraída.

"El pacto de devolver la garantía una vez satisfecha la deuda, es absolutamente corriente ante la ley y la costumbre. El hecho de que, a pesar de haberse estipulado, no se hubiese entregado la garantía, prueba únicamente que una de las partes dejó de cumplir lo pactado, porque no puede afirmarse que se acordó la cláusula con ánimo preconcebido de no cumplirla. Y el hecho de que el acreedor hubiese dejado de exigir la garantía para cobrar la obligación principal, significa sencillamente que quiso evitar un juicio ordinario para hacerse entregar la acción, y prefirió el juicio ejecutivo, claro y breve, por el monto de la obligación."

Por lo tanto, "cuando el Tribunal dice que es indicio de que el origen de la acción de que se trata fue el juego, fundándose en la cláusula en virtud de la cual Moreno debía devolver la acción si Alvarez le pagaba; en que ésta no fue entregada realmente en seguridad, y en que Moreno, en vez de exigir la garantía, persiguió el valor de su crédito, incurrió en un error de hecho en la apreciación de la cláusula transcrita en conexión con la confesión del actor y reo, de no haberse entregado la acción ofrecida en seguridad, y de derecho, al relacionar dichos hechos con la conclusión de haberse jugado la expresada acción, lo que lo indujo a violar el citado artículo 587 del Código Judicial."

Se observa:

Quizás no se ve la claridad deseable en el párrafo transcrito; pero, sustancialmente, el indicio se hace consistir en que hay incongruencia entre el tenor del documento, cuando establece que Moreno queda con la obligación de devolver la acción si se le entrega la cantidad de mil pesos con intereses, antes de vencerse el plazo de tres meses, y lo dicho por el mismo señor acerca de que él no recibió verdaderamente la acción (contestación al postulado 12 de las posiciones que corren en copia al folio 1° y siguientes del cuaderno principal). En otros términos: según las voces del documento, la acción fue dada en prenda, "en calidad de retroventa," lo que denota que Moreno la recibió, y de conformidad con el dicho de éste, no hubo tal entrega.

Probada así la incongruencia, que es en lo que estriba el hecho aducido como indicio, la relación que ella tenga con el hecho que se indaga (el haber sido ganada al juego la acción), es apreciación propia del juzgador, respecto de la cual no es dado afirmar un error evidente de hecho o de derecho. Por otra parte, se repite que los indicios han de ser contemplados en su engranaje, para que aparezca su poder de convicción.

Cuanto a la segunda parte de la sentencia recurrida, que versa sobre la obligación impuesta al señor Moreno de devolverle a Alvarez el título número 29, por diez acciones de milésima en la sociedad minera de La Caída y Popales, la demanda de casación aduce los motivos que van a ser examinados.

Ante todo, se impugna el siguiente indicio, marcado con la letra b) del folio 101 vuelto:

"Afirmó Moreno que la acción número 29 la había recibido porque le había dado en préstamo \$ 1,000, el once de julio, al señor Alvarez; afirmación que hizo al contestar los postulados 16 y 17, y que reiteró cuando se practicó el examen de los libros en acción exhibitoria. Pero resulta no sólo inexplicable que, si Moreno le dio \$ 1,000 en mutuo el once de julio de mil novecientos veintitrés a Alvarez, recibiera el mismo día la acción número 29, sino que no es cierto que tal contrato de mutuo se hubiese verificado ese día, porque los libros pregonan que no hubo ese contrato, y porque el hecho de recibir la acción número 29 resultaría inexplicable, si no fue por causa de juego. Moreno se enredó en las explicaciones que pretendió dar; y como para empeorar su causa, ha alegado ante el Tribunal que si Alvarez compró en \$ 1,000 la acción número 29 a los señores Miguel Navarro y Compañía, y desde que Alvarez le hizo el traspaso de esa acción a Moreno fue porque hubo causa. Todo, pues, demuestra que el indicio resulta vehementemente por diversos aspectos."

El indicio se funda—prosigue el recurrente—en la afirmación que el Tribunal atribuye a Moreno, de haberle dado éste la suma de \$ 1,000 a Alvarez en mutuo, a la vez que recibió la acción número 29, de donde resulta inexplicable que si el demandado dio esta cantidad en mutuo recibiera al mismo tiempo la acción.

Explanando la crítica del indicio, manifiesta el recurrente que Moreno no afirmó que hubiese dado esa suma en préstamo, sino para pagar la acción; copia las respuestas de las posiciones aludidas por el Tribunal y llama la atención hacia otra respuesta dada por Moreno, al contestar distintas posiciones.

Como no está comprobado que Moreno hubiese confesado haberle dado en mutuo a Alvarez esos \$ 1,000, desaparece el hecho del indicio y necesariamente des-

aparece también éste. Al no reconocerlo así el Tribunal, incurrió en error de hecho evidente y en error de derecho al admitir incompatibilidad entre el recibo de la acción y la entrega del dinero, con violación del artículo 1929, inciso 1º, del Código Civil.

Se considera:

Las posiciones citadas por el Tribunal, y su contestación, dicen así:

"16. ¿Cómo es verdad, si o nó, que el día once de julio de mil novecientos veintitrés le hice entrega, y usted lo recibió, del título número 29, por diez acciones de milésima en la sociedad minera de La Caída y Popales, en pago de la acción que me había ganado en días anteriores; aceptando, como acepté, de los señores Miguel Navarro y Compañía, para usted, el mencionado título, y en señal de aceptación usted firmó dicha carta; cosa ésta que no puede negar, porque así consta en los libros de la Sociedad, y en el archivo de ella se conserva la carta mencionada; y porque existen, además, muchas personas honorables que están prontas a declararlo?"

—Respuesta:

"Es cierto, pero no lo es en lo relativo a que se lo hubiera ganado al juego."

Posición 17:

"¿Cómo es verdad, si o nó, que para la compra de la acción a que se refiere el título número veintinueve (29), de que se hace mención en el postulado inmediatamente anterior, usted no me suministró fondos de ninguna clase, ni me dio dinero para pagarlo; ni pagó a los señores Miguel Navarro y Compañía su valor; pues usted no lo hizo, porque dicho título lo recibía en pago de la acción de mina que me había ganado en el juego de parqués?"

—Respuesta:

"No es cierto; y el pago se lo hice al preguntante por valor de mil pesos oro, que le entregué, y no hubo testigos."

Leyendo atentamente estas contestaciones, se advierte que el señor Moreno confiesa haber recibido el título de la acción, agregando que el pago de él se lo hizo a Alvarez con \$ 1,000, que le entregó; pero no sostiene que esta entrega de dinero la hubiese hecho a título de préstamo.

Absolviendo posiciones en la primera instancia, respondió Moreno al postulado 6º:

"Es cierto que el día once de julio de mil novecientos veintitrés recibí del que me interroga, y por compra que le hice, el título número 29, por diez acciones de milésima, en el arrendamiento de la mina La Caída y Popales."

Si pues Moreno no afirmó que le hubiera dado a Alvarez \$ 1,000 en préstamo el once de julio de mil novecientos veintitrés, es innegable que el sentenciador incurrió en un error evidente de hecho, al fundar un indicio en un hecho que no aparece acreditado y al establecer incompatibilidad entre ese supuesto hecho y el recibo de la acción.

Con esto desaparece el indicio; y es de advertir que si en el párrafo transcrito se alude a la falta de asiento de la operación en los libros de Moreno, es para deducir "que no es cierto que tal contrato de mutuo se hubiera verificado," y no propiamente para erigir en nuevo y separado indicio de que el título número 29 fue ganado al juego, la tal falta.

Queda otro indicio relacionado con el título, que es el marcado con la letra c), a que se hizo referencia antes.

Para mejor confirmar que, además de la acción mencionada en el documento de veintisiete de julio, se jugó otra acción de la empresa minera, el sentenciador comenta algunas contradicciones en que cayó Moreno al absolver posiciones. El hecho de tales contradicciones viene a constituir el indicio.

El recurrente no combatió este indicio al objetar lo resuelto en el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal, por lo cual subsiste en vigor. Empero, no probado el indicio b), con el solo indicio c) no se puede condenar a Moreno a la devolución del título. De aquí que la sentencia haya violado el artículo 590 del Código Judicial, que exige pluralidad de indicios graves para que haya plena prueba. Esta violación ha sido acusada por el recurrente.

La sentencia es, pues, casable en esta parte, y para resolver en instancia, se considera:

No probado que la adquisición del título número 29 por Moreno tuviese por causa el juego, hay que presumir que ella tuvo otra causa, que, por lo demás, no era necesario expresar (artículo 1524 del Código Civil). Con arreglo a algunas pruebas del proceso, Alvarez compró esa acción a Miguel Navarro y Compañía para Moreno, quien figura o figuraba como dueño de ella en los libros de la empresa. Según esto, puede haber pendiente alguna relación jurídica entre demandante y demandado por tal motivo; pero ella no es materia de la presente sentencia: a las partes les será dado liquidarla posteriormente.

El señor apoderado de la contraparte ante la Corte, sugiere la aplicación del artículo 2316 del Código Civil; pero dicha disposición no halla cabida aquí, supuesto que Alvarez no ha probado que por error hubiera hecho el pago del título que fue transferido a Moreno.

Como éste apeló de la sentencia de primer grado, puede esta Superioridad, obrando ahora en instancia, revocar la condenación referente al título número 29.

El Tribunal ordenó una compulsa para averiguar la responsabilidad penal en que hubiera podido incurrir el demandado por las contradicciones en que cayera al absolver posiciones; pero si se tiene en cuenta que el mismo Tribunal dice que tales contradicciones no versaron sobre un hecho sustancial del pleito, no se advierte la necesidad de aquella averiguación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia a que se refiere el presente recurso, o sea en cuanto al numeral 2º de la parte resolutive de ella, y en su lugar decide:

Revócase la sentencia de primera instancia, de veinticinco de julio de mil novecientos veintisiete, en la parte en que condena a Roberto Moreno a devolver a Bernardo Alvarez G. el título número 29, por diez acciones de milésima en la sociedad minera La Caída y Popales y, en consecuencia, se absuelve a Moreno de este cargo, formulado en la petición b) del libelo de demanda.

De la sentencia del Tribunal quedan vigentes estas declaraciones:

"1º Se condena a Roberto Moreno a devolver a Bernardo Alvarez G., dentro de seis días, contados desde la ejecutoria de esta sentencia, la suma de mil quinientos pesos con sus respectivos intereses, al tipo legal, contado desde la fecha en que la recibió hasta el día en que se verifique el pago, teniendo en cuenta que de la expresada suma se deducirá lo que hubiere pagado Alvarez por razón de las costas del juicio a que se alude en el

hecho séptimo (7°) de la demanda. La suma líquida respectiva se determinará en la forma prevenida en el artículo 11, numeral 31, de la Ley 39 de 1921.

"Sin costas."

En el recurso de casación no hay condenación en costas.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Šamper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito de Lórica, los señores Alejandro Anaya, en representación de sus hijos legítimos menores, Enriqueta y Rafael Anaya; César C. Anaya en su propio nombre, y Pedro J. Castellanos C., hablando en representación de su esposa Nicolasa Anaya de Castellanos, todos vecinos de Purísima, establecieron cuatro demandas contra el señor Daniel Nieves Polo, que fueron acumuladas, y en las cuales se pidió lo siguiente:

Primera demanda.

"I. Que es de propiedad de la sucesión de Daniel J. Nieves Ch., la porción de cultivos de yerba del Pará, que constituye el potrero o finca de paja nombrado Bijao (hoy Santa Bárbara), en terrenos comunales del Distrito de Purísima, con las siguientes delimitaciones: por el frente, camino de Momil de por medio, con posesión de Javier Olea; por el Este, con posesión de Vicente Arteaga Cogollo; por el Sur, con el pantano denominado Sapal, y por el Oeste, con posesión de Juan Olea Gamarra.

"II. Que el Coronel Daniel Nieves Polo debe restituir, dentro del término legal, a la sucesión de Daniel J. Nieves Ch., la finca de paja (yerba del Pará), llamada Bijao, debidamente cercada, con todas sus anexidades, por los linderos anteriormente descritos.

"III. Que el demandado debe pagar los frutos civiles y naturales del mencionado potrero Bijao.

"IV. Que el demandado debe pagar las costas del juicio."

Segunda demanda.

"I. Que se encuentran en poder del señor Coronel Daniel Nieves Polo los siguientes bienes pertenecientes a la sucesión del señor Daniel J. Nieves Ch.: veintiocho mil doscientos pesos (\$ 28,200) papel moneda, valor de doce novillos pertenecientes a la misma sucesión, vendidos por el demandado al señor Jorge Taján; una leontina de oro, un reloj de plata, dos sortijas de oro; una de matrimonio y otra de dos corazones, y un par de espejuelos de oro, dejados por el causante.

"II. Que el demandado ha perdido todo derecho como heredero de Daniel J. Nieves Ch., en el valor de todos y cada uno de los objetos hereditarios sustraídos, mencionados en el numeral anterior.

"III. Que deben incluirse en los inventarios, por el valor que se les dé por peritos, en este juicio o en juicio separado.

"IV. Que el demandado debe pagar las costas del juicio.

"Subsidiariamente, y para el caso de que no sea fallado favorablemente el numeral II de esta demanda, pedimos que se declare imputado a la cuota hereditaria del demandado, el valor de todos los bienes sustraídos, que sean justipreciados en este juicio o en juicio separado."

Tercera demanda.

"I. Que son de la sucesión de Daniel J. Nieves Ch. los siguientes bienes:

"Una mesa grande de comedor, de dos varas de largo y una y media de ancho, de cedro, con hule, en buen estado.

"Una máquina Singer, antigua, en buen estado; y

"Un solar, situado en esta cabecera, con estos linderos: por el Sur, con los solares de las casas de los señores Teófilo Garcés, Luisa Sesto y Uladislao Herrera; por el Occidente, con la cola del solar de Santiago Pimienta; por el Norte, con la cola de los corrales de Cándida Rosario y de Josefa Flórez, y por el Oriente, calle de por medio, con casa y solar del finado Daniel J. Nieves Ch.

"II. Que el Coronel Daniel Nieves Polo debe restituir, dentro del término legal, a la sucesión de Daniel J. Nieves Ch., los bienes mencionados en el punto anterior.

"III. Que el demandado debe pagar las costas del juicio."

Cuarta demanda.

"I. Que es de exclusiva propiedad de la sucesión de Daniel J. Nieves Ch., la casa de techo de paja y paredes de bahareque, que con sus accesorios, tiene construida dicha sucesión, en un solar perteneciente a dicho Coronel Nieves Polo, situada en Purísima, en la calle que divide el barrio del Tamarindo y el Pozo, y linda: por el frente, calle de por medio, casa de Javier Olea; por su derecha, entrando, con casa de Gabriel Martínez Sosa; por su izquierda, calle de por medio, casa y solar de Librada Escobar, y por el fondo, con casa y solar de Rafael Torres.

"II. Que tiene derecho la sucesión de Daniel J. Nieves Ch. a retener el suelo en que se halla aquella edificación, hasta que se le pague el valor de ésta.

"III. Que debe incluirse en los inventarios y avalúos de la sucesión la mencionada casa.

"IV. Que el demandado debe pagar las costas del juicio."

El demandante contestó las cuatro demandas, rechazando las pretensiones de los actores, y oponiendo algunas excepciones perentorias.

El Juez de la instancia falló así los cuatro juicios acumulados:

"En la demanda de reivindicación del potrero llamado antes Bijao y hoy Santa Bárbara, se absuelve al demandado de los cargos que le hacen los demandantes en el libelo respectivo, de fecha siete de diciembre de mil novecientos diez y seis.

"En la demanda de fecha quince de diciembre del mismo año de mil novecientos diez y seis, cuyo examen sigue en el orden que lleva este trabajo, se declara que

se encuentra en poder del demandado la suma de veintiocho mil pesos papel moneda, valor de doce novillos pertenecientes a la sucesión del finado Daniel J. Nieves Ch., y debe por tanto incluirse la expresada suma en los bienes de dicha sucesión; en esta misma demanda se declara no probado por los actores lo demás que en ella se solicita.

"En la demanda de fecha veintiséis de febrero de mil novecientos diez y siete, se condena al demandado de acuerdo con lo pedido en la referida demanda, a restituir a la sucesión del finado Daniel J. Nieves Ch., dentro del tercero día de notificada esta sentencia (artículo 870 del Código Judicial), el solar, la máquina Singer, ya usada, pero en buen estado, y la mesa de comedor, con su hule, en buen estado también, a las cuales se refiere esta demanda.

"Y en la demanda de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos diez y seis, o sea la última en el orden observado, o sea el mismo en que están acumuladas en los autos, se absuelve al demandado de los cargos que en ella le deducen los demandantes."

El Tribunal Superior de Cartagena reformó esta sentencia así:

"Primera demanda.

"Declárase que pertenece a la sucesión del finado señor Daniel J. Nieves Ch., la porción de cultivos de yerba del Pará, conocida hoy con el nombre de Santa Bárbara, y que se llamó Bijao, fomentado en terrenos comunales del Distrito de Purísima, y que está determinado por estos linderos:

'Por el frente, camino de Purísima a Momil de por medio, con posesión de Javier Olea; por el Este, con posesión de Vicente Arteaga Cogollo; por el Sur, con el pantano denominado Sapal; por el Oeste, con posesión de Juan Olea Gamarra.'

"2º Condénase al señor Daniel Nieves Polo a restituir esta porción de cultivos de yerba del Pará a la sucesión del finado Daniel J. Nieves Ch., dentro del término legal, con sus cercas y anexidades, con los frutos civiles y naturales, a partir de la fecha de la contestación de la demanda (artículo 964, Código Civil).

"Segunda demanda.

"Condénase al señor Daniel Nieves Polo a restituir a la sucesión demandante la suma de veintiocho mil doscientos pesos papel moneda, los cuales se incluirán en los inventarios de la indicada sucesión.

"2º Absuélvese al demandado de los demás cargos que le fueron hechos en el respectivo libelo de la demanda.

"Tercera demanda.

"1º Declárase que son de la sucesión del finado Daniel Nieves Ch. los bienes enumerados en esta demanda, a saber: un solar situado en el Corregimiento de Purísima, determinado por los siguientes linderos: por el Sur, con los corrales de las casas de los señores Teófilo Garcés, Luisa Sesto y Uladislao Herrera; por el Occidente, con la cola del corral de Santiago Pimienta; por el Norte, con la cola de los corrales de Cándida Rosario y Josefina Flórez, y por el Oriente, calle de por medio, con casa y solar del finado Daniel J. Nieves Ch. Una mesa grande de comedor, de dos varas de largo por una y medio de ancho, de cedro, con su hule en buen estado. Una máquina Singer, en buen estado.

"2º Absuélvese al demandado de los otros cargos de esta demanda, por no aparecer demostrado que el demandado estuviera poseyendo los objetos cuya propiedad se declara a favor de la sucesión demandante.

"Cuarta demanda.

"1º Declárase de propiedad de la sucesión demandante la casa de paja y paredes de bahareque, construida en el solar del señor Daniel Nieves Polo, situado en Purísima, en la calle que divide el barrio Tamarindo y el Pozo, y que tiene estos linderos: por el frente, calle de por medio, con casa de Javier Olea; por su derecha, entrando, con casa de Gabriel Martínez Sosa; por su izquierda, calle de por medio, casa y solar de Librada Escobar, y por el fondo, con casa y solar de Rafael Torres.

"2º Declárase que la sucesión demandante tiene derecho a retener el suelo en que está edificada la casa, anteriormente señalada hasta que el demandado pague el valor de ella; y

"3º Inclúyase la mencionada casa en los inventarios y avalúos de la sucesión de Daniel Nieves Ch.

"Queda en estos términos reformada la sentencia apelada. Sin costas, por no ser el caso de condenar en ellas."

Contra este último fallo el personero del demandado interpuso recurso de casación, que la Corte admite, y procede a resolver, previas las consideraciones siguientes:

Alega el recurrente la primera causal de casación, y sostiene que el Tribunal incurrió en error, consistente en considerar como muebles los cultivos que constituyen el potrero del Bijao, y, por tanto, como suficiente para comprobar el dominio de ellos, unas declaraciones de testigos y un documento privado, en contraposición a una escritura pública debidamente registrada; y en considerar que es suficiente para la traslación del dominio del potrero Bijao, un simple contrato verbal en contra de lo que la ley exige, esto es, que dicha tradición se haga por escritura pública debidamente registrada, por ser un bien raíz los aludidos cultivos. Tal error lo llevó a reconocer el derecho de dominio a favor de la sucesión de Daniel Nieves Chupín, y a decretar, en consecuencia, la reivindicación de tal potrero en favor de dicha sucesión. Con este modo de obrar, el Tribunal violó directamente los artículos 669, 946 y 950 del Código Civil.

Cita el recurrente dos pasajes de la sentencia, en que aparece que el señor Juez estimó como un bien raíz los cultivos que constituyen la finca del Bijao, y la apreciación contraria hecha por el Tribunal en estos términos:

"De haber sido cierta la premisa asentada por el señor Juez de la primera instancia, su consecuencia habría estado dentro de los límites de la más rigurosa lógica, y en armonía con los preceptos legales invocados. Pero basta detener la atención en el libelo de demanda, para comprender que lo que los demandantes reivindican para la sucesión del finado Daniel Nieves Chupín, en su condición de herederos de éste, no son sino los cultivos realizados en terrenos comunales del Distrito de Purísima....."

Dice el autor del recurso que la interpretación del Juez es la legal, porque, si de acuerdo con el artículo 657 del Código Civil, las plantaciones son inmuebles mientras adhieran al suelo por sus raíces, es claro que

el potrero del Bijao debe reputarse inmueble, y para adquirir el dominio de los cultivos mencionados, considerados como adherentes al suelo de un modo permanente, y formando en su totalidad el potrero o finca raíz nombrado Bijao, por medio de una compraventa, se requiere escritura pública debidamente registrada.

El artículo 1857 del Código Civil, al hablar de frutos y flores pendientes de árboles cuya madera se vende, se refiere a los que han sido separados del árbol que los produce, quedando éste siempre en el sitio que ocupaba. Asimismo, continúa, el artículo 659 del mismo Código, al hablar de los productos de los inmuebles, de la yerba de un campo, y considerar dichos productos y yerba como muebles, para constituir derechos en ellos, los mira como separables de la tierra para constituir tales derechos.

De todo esto, concluye el autor del recurso, que el Tribunal violó los referidos artículos 1857, inciso 3º, y 659 del Código Civil, por errónea interpretación.

Considera la Corte que esta Superioridad tiene fijado el alcance de estas disposiciones en sentencia de veintiocho de mayo de mil novecientos veinticinco, publicada en la *Gaceta Judicial* (tomo 31, página 247). Se dijo allí:

"La Corte estima que en verdad el Tribunal erró, respecto del caso contemplado, en la interpretación del artículo 1857, en su inciso 3º, porque los objetos de que se trata en esa disposición, o sean los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, las sustancias minerales, etc., son aquellos que, conforme al artículo 659 del Código citado, son productos de los inmuebles, y por lo mismo destinados a ser separados de ellos para su utilización. Los materiales de un edificio que va a derribarse, también quedarán definitivamente separados del suelo, y por lo mismo pueden considerarse anticipadamente como muebles; pero un potrero de pasto permanente, el cual está vinculado a la tierra que lo sustenta, de tal modo que no puede separarse de ella sin desaparecer, no está en el mismo caso, y es bien raíz, de acuerdo con lo que dispone el artículo 657 del Código Civil. Las yerbas de un campo, de que trata el artículo 659 del Código Civil, se reputan muebles aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre ellas; de modo que se trata de aquellas yerbas que pueden separarse de la tierra, para ser utilizadas independientemente de ella."

Ahora, en el caso presente es claro que no tratándose de pastos de corte, sino de yerbas, que necesariamente tienen que ser utilizadas adheridas al suelo, para el apacentamiento de los ganados, esto es, tratándose de pastos permanentes, indudablemente los cultivos materia del pleito, son un bien raíz, y no puede probarse su dominio con documento privado y con declaraciones de testigos, opuestas a escrituras públicas registradas. Hubo, pues, en la sentencia, errónea interpretación de los artículos 659 y 1857, inciso 3º, del Código Civil, y fueron quebrantados los artículos 946 y 950 del mismo Código, por haber declarado la reivindicación en favor de quien no ha demostrado la propiedad de la cosa materia del pleito.

En la hipótesis, dice el recurrente, de que el Tribunal hubiera reconocido como título para reivindicar, el de prescripción, la sentencia sería violatoria del artículo 2513 del Código Civil, según el cual, el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el Juez no puede decretarla de oficio. Y el demandante no fundó su demanda en ese título.

Considera la Corte que de los razonamientos de la sentencia no aparece que el Tribunal se hubiera fundado en la prescripción para fallar en favor del demandante la acción reivindicatoria; pues habiendo considerado como muebles los cultivos objetos del pleito, el documento y los testimonios que invocó eran suficientes pruebas para sustentar el fallo; pero, admitiendo la hipótesis del recurrente, sería eficaz el cargo, porque no aparece alegada la prescripción por el actor.

Segunda demanda.

En ella piden los actores, aparte de otras declaraciones, que fueran incluidos en los inventarios veintiocho mil doscientos pesos (\$ 28,200) papel moneda, valor de unas cabezas de ganado vacuno de propiedad de la sucesión de Daniel Nieves Ch., y que fueron vendidas por Daniel Nieves Polo. El Tribunal accedió a esta petición, y absolvió de las demás al demandado.

El recurrente no niega que el señor Nieves Polo hubiera recibido del comprador el valor de las reses. Dice así en el alegato de casación:

"Recibidos por el señor Nieves Polo los veintiocho mil pesos papel moneda por voluntad de los señores Alejandro y César Anaya, y habiéndose hecho la venta de los referidos novillos para atender a los gastos de la mortuoria, el señor Nieves Polo empezó a darle inversión, a la expresada suma en los gastos más urgentes de ella."

Pero dice que este aserto, que fue el que hizo el demandado en la contestación de la demanda, constituye una confesión indivisible, y al considerarla el Tribunal como divisible, incurrió en error de derecho en su apreciación, error que lo condujo a violar los artículos 568, 556, 542, 539 del Código Judicial, y el 1757 del Código Civil.

En la contestación de la demanda dijo Nieves Polo:

"Yo recibí el dinero que tenía que entregar Taján (el valor de las reses), con cuyo dinero pagué los gastos que se causaron en la mortuoria: caja, velas, café, aguardiente, entierro, alimentos, deudas de mi padre en este comercio, etc. De estos pagos tengo recibos, menos comida y menudencias, pero se invirtió la suma que de Taján recibí."

Considera la Corte que, conforme al artículo 568 del Código Judicial, cuando la circunstancia o la modificación que se añade en la confesión explicada, puede separarse del hecho sobre que recae la pregunta, o, más bien, cuando es una verdadera excepción, se llama la confesión dividua o divisible, y tiene la fuerza de una confesión absoluta o simple, a menos que el confesante pruebe la modificación o circunstancia añadida.

Ahora bien: en el caso presente, Nieves Polo se descarga de la suma que pertenecía a la sucesión de su padre, y que confiesa haber recibido, por la inversión hecha en gastos de la mortuoria, de los cuales conserva recibos; en presencia de esta confesión, no se ve el error en que el Tribunal haya incurrido al considerarla divisible, desde luego que la modificación constituye una verdadera excepción. En la mortuoria figurará esa suma al mismo tiempo que los recibos de los gastos verificados por Nieves Polo, para hacer las deducciones correspondientes.

Cuarta demanda.

Esta fue fallada por el Tribunal, declarando que es de exclusiva propiedad de la sucesión de Daniel J. Nieves Ch. la casa de techo de paja y paredes de bahareque,

que, con sus accesorios, tiene construída dicha sucesión en un solar perteneciente al Coronel Nieves Polo; que la sucesión tiene derecho a retener el suelo en que se halla aquella edificación, hasta que se le pague el valor de ésta, y que debe incluirse en los inventarios de la sucesión dicha casa.

El recurrente combate las pruebas en que el sentenciador se fundó para hacer las anteriores declaraciones. En primer término alega que el Tribunal erró de hecho y de derecho, al considerar como confesión simple del demandado la respuesta que éste dio en la contestación de la demanda al hecho que se controvierte.

El expresado hecho dice así:

"Desde el año de mil novecientos dos levantó a sus expensas, el señor Daniel J. Nieves Ch., la construcción mencionada."

El demandado Nieves Polo contestó en los siguientes términos:

"El primer hecho no es cierto, y lo niego; porque entregué a mi padre en artículos de mi tienda: sal, azúcar, ron, anisado, alambre de púas, etc., en cantidad de cuarenta mil pesos papel moneda, para la construcción de los techos aludidos....."

Dice el recurrente que el hecho capital en que fundan su acción los demandantes, es el de que la casa hubiera sido construída a expensas del señor Nieves Ch., pues que las partes están de acuerdo en que éste construyó la casa a ciencia y paciencia del dueño del solar, Nieves Polo; y que ese hecho capital fue negado rotundamente por éste, agregando que él había suministrado en artículos de su tienda la suma necesaria para la construcción. Por lo tanto, concluye, el Tribunal al considerarlo como divisible la confesión emitida por el señor Nieves Polo, y echar, en consecuencia, sobre él la carga de la prueba de la modificación que introdujo al hecho que se propuso, incurrió en error de derecho al apreciar tal confesión, error de derecho que lo llevó a dar a dicha confesión el valor de plena prueba del hecho controvertido, y a violar, como violó, los artículos 568, 567, 542, 556 y 539 del Código Judicial, y el artículo 1757 del Código Civil.

Considera la Corte que tiene razón el recurrente, puesto que negado el hecho de que Nieves Ch. hubiera construído la casa a sus expensas, la explicación de la manera como se hicieron los gastos de la construcción, deja de constituir una excepción, y sirve para corroborar la negativa. Si el demandado hubiera aceptado el hecho, y luego agregado que después había pagado los gastos hechos por el constructor a sus expensas, entonces si la confesión sería dividua, y sobre el confesante recaería la carga de probar la excepción. Por tanto, sería el caso de infirmar la sentencia por error de derecho y violaciones de la ley que el recurrente cita, pero aquélla se funda también en la prueba testimonial, materia de otra acusación, que la Corte pasa a examinar.

Los testigos señores José D. Rubio, Miguel Corcho, José Francisco Nieves y Clemente D. Castro afirman, por haberlo visto y presenciado, que la casa materia del litigio fue construída por el señor Daniel Nieves Ch. desde el año de mil novecientos dos, que en ella vivió y la poseyó hasta su muerte, y siempre fue considerada como de propiedad de dicho señor por los habitantes de Purísima y sus contornos.

Objeta el recurrente que el Tribunal apreció erróneamente estos testimonios, porque la vista no es el medio idóneo para cerciorarse de que los gastos sufragados en

la construcción de un edificio son hechos por determinada persona. Si medió entre los señores Nieves Ch. y Nieves Polo una convención de mandato, que ignoraron los testigos, ¿no es acaso arbitrario que éstos afirmen del modo como lo hacen, que las expensas corrian a cargo del mandatario y no del mandante? Los testigos, al deponer sobre este hecho pueden, a lo sumo, afirmar que lo presumen. Dicha prueba es, por lo mismo, incompleta.

Concluye diciendo que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar la prueba testimonial, y violó, por tanto, el artículo 636 del Código Judicial, por haber dado valor de plena prueba a unas declaraciones de testigos que no dicen cómo tuvieron conocimiento de los hechos, porque es, lo mismo no decir ese modo que señalar uno inconducente al conocimiento que afirman tener.

Considera la Corte que no puede desecharse la prueba de testigos por el motivo que el recurrente apunta, desde luego que la razón que dan de sus dichos es congruente con el hecho sobre que versan. Ellos sostienen que presenciaron haber sido Nieves Ch. quien, a sus expensas, hizo la casa pajiza cuya propiedad se litiga. Ellos pudieron presenciar la obra personal de Nieves Ch., el pago de peones y la compra de materiales hechos por él, etc. No está, pues, reñido con la afirmación de los testigos el medio que tuvieron para hacerla. Ahora, si como lo afirma Nieves Polo, él mandó construir la casa y dio el dinero necesario para ello, debió establecer las pruebas que sirvieran para contrarrestar la afirmación de los testigos, máxime cuando Nieves Ch. vivió en la casa y la poseyó hasta la muerte.

No prospera, por tanto, el motivo de casación que se acaba de analizar.

Pero dice el recurrente que el Tribunal no ha debido tener en cuenta para establecer el derecho que tenía la sucesión de Nieves Ch. a reclamar indemnización por el valor de la edificación, la prueba testimonial, por tratarse de un hecho que se resolvía en la entrega de una cosa cuyo valor es mayor de quinientos pesos, como se deduce de la cuantía señalada por los demandantes en el libelo de la demanda. En concepto del autor del recurso, el Tribunal, al aceptar la prueba testimonial en el presente caso, no habiendo un principio de prueba por escrito, violó por modo directo los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887, el artículo 1767 del Código Civil, y el artículo 682 del Código Judicial.

A esta objeción se responde con la jurisprudencia sentada por la Corte en caso análogo, que dice así:

"Es admisible la prueba testimonial para acreditar por cuenta y costo de quién se construyó una casa; pues no se trata aquí de probar la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos, sino de un hecho que no tiene relación con el valor de la casa." (Véase sentencia de 17 de septiembre de 1920, Gaceta Judicial, tomo 20, página 130).

El Tribunal declaró que la casa en litigio era de propiedad de la sucesión de Nieves Ch.; que ésta tiene derecho a retener el suelo en que dicha casa está edificada, hasta que el demandado pague el valor de ésta, y que debe incluirse en los inventarios de la sucesión expresada.

Alega el recurrente que el Tribunal interpretó de modo erróneo el artículo 739 del Código Civil, en el sentido de entender que el mencionado artículo, al par que consagra las acciones de indemnización por el valor de las mejoras, y la retención del suelo donde se han fomentado dichas mejoras, reconoce también la acción petitoria de propiedad:

"Una cosa es que los demandantes comprobaran que el señor Nieves Chupín construyó la casa a sus expensas en el suelo de Nieves Polo, y otra, muy distinta, es que de allí se deduzca que la sucesión tiene derecho de dominio a esa edificación. Lo segundo no debe deducirse de lo primero, según los términos del artículo 739 citado. Por el contrario, si los demandantes demostraron que Nieves Chupín edificó la casa a sus expensas en suelo de Nieves Polo, a lo que tienen derecho, según los términos del mismo artículo, es a la indemnización del valor de la edificación, y a retener el suelo mientras se satisface por el dueño de éste su valor; pero únicamente a eso. De modo que al decretar el Tribunal la propiedad de la mencionada casa en favor de la sucesión de Nieves Chupín, dio mayor extensión al mandato consignado en el artículo 739 del Código Civil, lo que constituye una verdadera errónea interpretación de él, cosa que confirma la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia."

Cita en apoyo de su tesis la sentencia de la Corte de 21 de septiembre de 1911 (*Gaceta Judicial*, tomo XX, página 285), cuya doctrina extracta así el autor del recurso:

"La acción que tiene el que ha hecho plantaciones, edificaciones, etc., en terreno ajeno, creyéndolo propio, es personal contra el que es dueño del fundo cuando se hicieron las mejoras, y que tácitamente las permitió."

Observa la Corte que el caso de que trata la sentencia es distinto del presente, pues el dueño de las mejoras había perdido la tenencia de ellas y estaban en poder de un tercero, que no tenía obligación de responder de su valor. Dice así, textualmente, el fallo citado:

"Pues es bien sabido que la acción del que ha plantado, sembrado o edificado en terreno ajeno, a ciencia y paciencia del dueño, **habiendo perdido la tenencia** de las mejoras, es la personal contra el que era dueño cuando ellas se hicieron, y que tácitamente permitió la construcción del edificio o la formación de la plantación o sementera."

En el punto que se contravierte, la casa construida por Nieves Ch. está en poder de su sucesión, y tiene ésta el derecho de retener el terreno en que está edificada, hasta que le sea pagado el valor de la casa, conforme al artículo 739 del Código Civil.

Conforme a este artículo, el que edificó, plantó o sembró en terreno ajeno, a ciencia y paciencia del dueño de éste, no tiene en verdad el derecho real de dominio sobre el edificio, plantación o sementera, sino el derecho a que el dueño del terreno le pague el valor de las mejoras, acompañado del derecho de retención del terreno, y, por lo mismo, de lo edificado o plantado en él, hasta que el valor de éstos sea satisfecho.

Por tanto, no es jurídica la declaración de dominio que hace la sentencia del Tribunal respecto de la casa que se litiga. Ha habido, pues, una errada interpretación de la disposición citada, y debe casarse en ese punto la sentencia. Así como la tercera declaración, en cuanto ordena incluir en los inventarios dicha casa, como si fuera propiedad de la sucesión, siendo así que sólo debe incluirse para los efectos del derecho de retención. El valor de la casa si pertenece a la mortuoria, y puede ser materia de un inventario adicional.

En razón de 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, casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, proferida el primero de septiembre de mil novecientos veintisiete, en los puntos siguientes:

1º En cuanto falla la primera demanda, declarando que pertenece a la sucesión del finado Daniel J. Nieves Ch. la porción de cultivos de Pará, conocido hoy con el nombre de **Santa Bárbara**, y que se llamó **El Bijao**, fomentada en terrenos comunales del Distrito de Purísima, deslindada como se expresa en dicha demanda, y en lo relativo a la restitución de esos cultivos y las prestaciones consiguientes; y

2º En cuanto declara, al fallar la cuarta demanda, de propiedad de la sucesión demandante la casa de paja y paredes de bahareque, construida en solar de Daniel Nieves Polo, situada en Purísima, y deslindada como se indica en la expresada cuarta demanda, y en cuanto se manda incluir en los inventarios dicha casa, en el concepto de pertenecer a la sucesión.

En lugar de esas declaraciones, se absuelve al demandado de las respectivas peticiones de la primera demanda, y primera de la cuarta.

Quedan vigentes de las declaraciones del Tribunal en su sentencia, las siguientes:

"Segunda demanda.

"1º Condénase al señor Daniel Nieves Polo a restituir a la sucesión demandante la suma de \$ 28.200 papel moneda, los cuales se incluirán en los inventarios de la indicada sucesión.

"2º Absuélvese al demandado de los otros cargos que le fueron hechos en el respectivo libelo de demanda.

"Tercera demanda.

"1º Declárase que son de propiedad del finado Daniel J. Nieves Ch. los bienes enumerados en esta demanda, a saber: un solar, situado en el Corregimiento de Purísima, determinado por los siguientes linderos: por el Sur, con los corrales de las casas de los señores Teófilo Garcés, Luisa Sesto y Uladislao Herrera; por el Occidente, con la cola del corral de Santiago Pimienta; por el Norte, con la cola de los corrales de Cándida Rosario y Josefa Flórez, y por el Oriente, calle de por medio, con casa y solar del finado Daniel J. Nieves Ch. Una mesa grande de comedor, de dos varas de largo y media de ancho, de cedro, con su hule en buen estado. Una máquina Singer, en buen estado.

"2º Absuélvese al demandado de los otros cargos de esta demanda, por no aparecer demostrado que el demandado estuviera poseyendo los objetos cuya propiedad se declara a favor de la sucesión demandante.

"Cuarta demanda.

2º Declárase que la sucesión demandante tiene derecho a retener el suelo en que está edificada la casa anteriormente señalada, hasta que el demandado pague el valor de ésta; y

3º Inclúyase la mencionada casa en los inventarios y avalúos de la sucesión del finado Daniel J. Nieves Ch., para los efectos del derecho de retención, mientras se pague del valor de ella.

"Queda en estos términos reformada la sentencia apelada. Sin costas, por no ser el caso de condenar en ellas."

Queda reformada en los términos anteriores la sentencia de primera instancia.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese esta sentencia en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN N. MENDEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

El señor Reyes Zúñiga, obrando como marido de la señora Margarita Valderrama, demandó al señor José Antonio Zúñiga para obtener en sentencia definitiva estas declaraciones:

"1° Que el contrato de compraventa expresado en la escritura número 681, de fecha 4 de agosto de 1918, suscrita por mi nombrada consorte, en la vereda de San José, en jurisdicción del Municipio de Guacamayas, ante-Ramón Torres, Notario primero principal del Circuito del Cocuy, es nulo absolutamente por simulación, o sea, por falta de consentimiento, de objeto y de precio.

"2° Que la relacionada escritura y su registro son nulos también, y deben cancelarse.

"En subsidio:

"1° Que el relacionado contrato queda rescindido por lesión enorme y enormísima.

"2° En una u otra demanda, que la hijuela formada a favor de mi padre, el señor José Antonio Zúñiga, en la partición de los bienes de la sucesión de Baronio Silva, significa la transferencia a él y a mi esposa de los objetos allí determinados, a prorrata de las sumas de \$ 667-13 para mi padre y seis mil setecientos cinco pesos con treinta y siete centavos (\$ 6,705-37) para mi esposa.

"3° Que en consecuencia, aquellos objetos forman una comunidad de bienes, partible entre mi padre y mi esposa en la proporción anotada en el ordinal anterior; y

"4° Que en cualquiera de las dos demandas que prevalezca, se condene en costas al demandado, si se obstinara a negar mi derecho, oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas."

Son estos los hechos manifestados en el libelo:

"1° Muerto Baronio Silva el 2 de junio de 1918, mi padre, aprovechándose de la dura turbación moral de la viuda, causada por el dolor, ejerció sobre el ánimo de ella una labor intensa para convencerla de que debía hacerle escritura de confianza para poderla favorecer de sus cuñados, quienes podían disputarle y negociar sus derechos en la sucesión de su marido muerto.

"2° Mi esposa es mujer sencilla, iletrada, y de poca o ninguna malicia para precaverse de un acto como el que ejecutó; no tuvo hijos en su primer matrimonio; y le hicieron temer que sus cuñados no le dejarían patrimonio del que había ayudado a conservar y aumentar con su trabajo.

"3° La labor de mi padre culminó en la vereda de San José—en una población era peligroso que el intento fracasara—en territorio de Guacamayas, el 4 de agosto de 1918, a donde llevó a mi esposa bajo el concepto de acompañar a Daniel Quintero, pariente cercano de ella, quien había sido herido gravemente, para que lo viera el médico, que en aquel lugar los esperaba, y con el médico había procurado la concurrencia del Notario señor Ramón Torres, que presenció la escritura.

"4° Se advierte que durante el juicio de sucesión de Baronio Silva, el demandado no quiso, ni pensó ocultar la significación simulada del contrato; que quienes intervinieron en él como partes interesadas o como gestores, tuvieron en cuenta la inexactitud de la venta, porque el partidario determinó en la cartilla de mi padre la cuantía del derecho de mi esposa, y la del derecho suyo, sin reclamo ni objeción alguna de nadie, y en otra parte de la misma cartilla dijo: 'la adjudicataria' acreedora por razón de gastos hechos.

"5° El demandado ha confesado extrajudicialmente, en distintas ocasiones y circunstancias, la simulación del contrato.

"6° Mi esposa y yo hemos estado en posesión continua, tranquila y no interrumpida, a ciencia y paciencia de mi padre, desde que murió Baronio Silva—el causante—hace próximamente siete años, hasta el presente, sin que nos haya interrumpido, sino en la posesión de dos pequeños lotes hace cuatro meses, y sobre lo cual adelanto el interdicto posesorio correspondiente; hemos estado, digo, en posesión de una parte proporcional de la tierra que en dicha partición adjudicaron a mi padre en concepto de su compra cierta a la vendedora Fidelia Silva y de la simulada a mi esposa, y en esa posesión estamos.

"7° Es inverosímil que mi padre nos haya permitido poseer esas fincas por mera liberalidad o consideración personal, dada su manera única de apreciar, manejar e invertir su riqueza. Ojalá no me vea obligado a decir y probar todo lo que hay de cierto en este sentido, que sería labor muy ingrata para un hijo.

"8° Yo he pagado las contribuciones públicas desde que me casé, en razón del haber de mi esposa, que no es otro que lo que poseemos, habido por ella en la sucesión de su primer marido.

"9° El concepto público en todo San Mateo es firme, unánime y constante de que el aludido contrato entre mi padre y mi esposa es simulado y no tiene valor alguno."

La subsidiaria se apoya en estos hechos:

"1° El precio fijado en el contrato que se dice cubierto por el supuesto comprador, no es igual a la cuarta parte del precio comercial de los bienes al tiempo de la convención.

"2° Los bienes que fueron objeto del contrato simulado fueron valorados in continenti del otorgamiento de la escritura, en los inventarios de Baronio Silva, y liquidados en la partición, en la suma de cinco mil seiscientos cuarenta y seis pesos, con veintidós centavos (\$ 5,646-22), sin que en tal avalúo se tratase de fijar de verdad el precio comercial de dichos bienes en el momento de justipreciarlos; y ya se sabe, por ser muy conocida en la práctica en esa clase de diligencias, el esmero que ponen los interesados en mermar el precio para decrecer los impuestos.

"3° La cuantía de cada una de las demandas pasa de mil pesos moneda legal.

"4° Usted es Juez competente para conocer del pleito, por la naturaleza de él; por la ubicación de los bienes, en el territorio de San Mateo; por el lugar donde los actos viciados tuvieron cumplimiento; y por la cuantía de cada una de las demandas, pues las estimo en más de mil pesos (\$ 1,000) oro."

Admitió la demanda el señor Juez 1° del Circuito del Cocuy, en auto de veintidós de mayo de mil novecientos veintiséis, y ordenó correrla en traslado al demandado.

Este rechazó las acciones deducidas contra él, opuso algunas excepciones y desconoció los cargos contenidos en los hechos.

Al propio tiempo, presentó una demanda de reconvencción contra la señora Margarita Valderrama, representada por su marido.

Dicha demanda se encamina a obtener las siguientes declaraciones:

"Primera. Que me pertenece en dominio, propiedad y posesión el campo o finca denominado Cuicas, en la sección de Cuicas Buraga, jurisdicción de San Mateo, y que se determina por estos linderos: por el pie, todo el filo de un barranco, partiendo de frente a un palo blanco, sigue todo ese filo del barranco de El Llano de Cuicas, hasta encontrar un cimientito sencillo, linda con predios de mi pertenencia; por el costado derecho, de la punta del cimientito, todo el cimientito arriba, hasta encontrar un gallinero que está junto a la toma de regadío, sigue el gallinero, en línea recta, a encontrar una piedra barrosa, y de aquí a encontrar una mata de limón, linda con de (sic) Ignacio Báez; por cabecera, vuelve de este limón hacia la izquierda, por cimientito y vallado, a dar a un cinchito alto que queda cerca al camino del desecho; de aquí, línea recta, a encontrar un vallado nuevo; por éste, a encontrar un cinchito negro, linda con de Ventura y Clemente López, Hermenegildo Zárate y Salvador Medina (hoy de Ignacio Báez); y por costado izquierdo, del cincho negro por una hoyada y un zanjón abajo, a encontrar un camino que atraviesa el zanjón, línea recta, a un dato el más grande de los que hay allí; sigue en la misma dirección, al camino que va para La Salinita, todo éste a un patiecito 'donde se revuelcan los muleros' (sic); de aquí, por una lomita abajo, al río, en la dirección de un volcán colorado que hay en la estancia de Los Cacaos; río abajo, hasta encontrar un derrumbe o volcán, vuelve de aquí por toda una lomita arriba hasta encontrar un vallado; sigue todo éste hacia la derecha, hasta encontrar la toma del regadío del terreno de Chinácota; sigue la toma, hasta el camino real; luego todo éste, hasta encontrar la punta de un cimientito doble que hay en la lomita llamada El Sitio Viejo; de aquí, todo el cimientito doble, barranco y cimientito doble, hasta encontrar un piedrón grande, negro, que da entrada a La Vega de los Manones; de esta piedra, sigue toda una callejuela hasta encontrar la punta del barranco, frente al palo blanco donde principiá el primer lindero. Dentro de estos linderos se encuentran dos casas de pared, madera y paja que también entran en la reivindicación, comprendiéndose igualmente en ésta el ajuar de trapiche y enseres de que se usa para el servicio de la finca especificada. Se excluye de la finca alinderada un lote de terreno que poseo dentro de ella, en el punto de El Llano, denominado El Curo Macho, limitado así: por el pie, una

toma hasta encontrar un sauz grande; por el costado derecho, línea recta, hasta encontrar la toma de regadío; por cabecera, toda la toma, hasta encontrar una piedra grande desprendida del borde de la toma; y por costado izquierdo, de aquí, a un mojón de piedra que está al pie de una mata de curo, y de ésta a la toma, primer lindero.

"Segunda. Que la demandada debe restituírme y entregarme, dentro del término de tres días después de ejecutoriada la sentencia respectiva, toda la finca que se ha alinderado en la parte petitoria anterior, junto con todos sus accesorios, y únicamente con excepción del lote de terreno que he excluido por tener yo actualmente la posesión de él como dueño y señor.

"Tercera. Que igualmente está obligada la demandada a entregarme, dentro del término de tres días, los frutos civiles y naturales que la finca pudiere producir con mediana inteligencia y actividad, desde el día en que se le notifique la presente demanda en adelante, hasta el día en que se me haga la entrega de ella; o si esos frutos no existieren al tiempo de la restitución, que está obligada a abonarme su valor, que se acreditará en el curso del juicio y que desde luego estimo a razón de ciento cincuenta pesos (\$ 150) oro por cada mes; y

"Cuarta. Que la demandada, en caso de oposición, está obligada a pagarme las costas de este juicio."

Los hechos de la demanda son:

"1° La finca cuya reivindicación propongo, es parte integrante de la hacienda denominada Cuicas, en la sección de Cuicas Buraga, jurisdicción de San Mateo, la cual me fue adjudicada íntegramente en el juicio de sucesión de Baronio Silva Ruiz, parte como cesionario de Fidelia Silva Ruiz, parte como cesionario de Margarita Valderrama, o sea la demandada, y parte en virtud del remate efectuado por mí en relación con el lote de deudas y gastos. De ello dan testimonios los títulos que presento desde ahora, y que son: copia de la escritura número 681, otorgada por ante el Notario primero principal de este Circuito, el cuatro de agosto de mil novecientos diez y ocho; copia de la escritura número 344, otorgada por ante el mismo Notario, el treinta de abril de mil novecientos diez y nueve; copia de la diligencia de remate adjudicado a mí el cinco de abril de mil novecientos veinte; y copia de la cartilla de adjudicación que se me hizo en el juicio de sucesión de Baronio Silva Ruiz.

"2° De esa finca yo estoy en quieta y pacífica posesión, solamente en una parte, y reclamo la parte que he alinderado especialmente, o sea, la que dice poseer mi hijo Reyes Zúñiga, en representación de su esposa Margarita Valderrama, 'por razón de la herencia de ella en la sucesión de su primer marido.'

"3° La denominada Hacienda de Cuicas, en la sección de Cuicas Buraga, jurisdicción de San Mateo, y por los linderos que se determinan en mi cartilla de adjudicación, fue de propiedad exclusiva del causante, señor Baronio Silva Ruiz.

"4° En virtud de las adjudicaciones que en la aludida sucesión se me hicieron, ya como cesionario de derechos y acciones, ya como rematador del sobrante de mi hijuela, se me transfirió el dominio, propiedad y posesión de la mencionada finca, y como no estoy en posesión de toda ella, por eso reclamo la parte que detenta y retiene indebidamente la señora Margarita Valderrama.

"5° El título que alega Margarita Valderrama y en representación de ella su esposo, Reyes Zúñiga, para la

posesión que tiene, es precisamente el que ella me transfirió a mí, según contrato de que da cuenta la escritura pública número 681, otorgada el cuatro de agosto de mil novecientos diez y ocho, por ante el Notario 1º de este Circuito.

"6º Por liberalidad y bondad para con mi hijo Reyes Zúñiga, esposo hoy de Margarita Valderrama, voluntariamente permití que él disfrutara de la parte de la hacienda de Cuicas, que hoy reclamo, en vista de que él ha querido cambiar el título de su posesión y atribuir ésta a supuestos derechos de que su esposa carece.

"7º Como hasta hoy fue mi voluntad que mi hijo se aprovechara de los frutos de esa finca que es mía, y de hoy en adelante, por deber, por delicadeza y por justo sentimiento de padre, no puedo permitir que siga beneficiándose, reclamo y pido que se me entreguen los frutos, tanto civiles como naturales, que aquella produzca o pueda producir con mediana inteligencia y cuidado desde el día en que esta demanda les sea notificada, en adelante.

"8º La finca cuya reivindicación demando en mi favor, la posee, según lo dicho, Reyes Zúñiga en representación de su esposa, Margarita Valderrama."

Reyes Zúñiga se opuso a esta demanda, contradiciendo la acción y alegando las excepciones de nulidad absoluta y nulidad relativa.

Seguido bajo una cuerda el doble juicio, el Juez citado pronunció sentencia el treinta y uno de marzo de mil novecientos veintisiete. En ella negó las peticiones de la demanda principal, declaró no probadas las excepciones aducidas por Reyes Zúñiga contra la demanda de reconvenición y accedió a las peticiones de ésta.

Apeló el demandante.

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en extensa sentencia de tres de mayo de mil novecientos veintinueve, revocó la del Juez y decidió así la alzada:

"1º No está probada la excepción perentoria de falta de acción en el demandante Reyes Zúñiga.

"2º El contrato de compraventa celebrado por el señor José Antonio Zúñiga con la señora Margarita Valderrama el día cuatro de agosto de mil novecientos diez y ocho, ante el Notario 1º del Circuito del Cocuy, es nulo, de nulidad absoluta, por ser simulado. La escritura número 681 que contiene ese contrato y su registro, quedan sin valor ni efecto alguno.

"3º Por virtud de esta declaración, restitúyense las cosas al estado anterior al de la celebración de la venta de que se trata. El Notario y el Registrador del Circuito del Cocuy harán en sus libros las respectivas anotaciones.

"4º Las declaraciones anteriores impiden que se hagan las de las peticiones subsidiarias.

"No es el caso de hacer las declaraciones formuladas en la parte petitoria de la contrademanda, de las que se absuelve al contrademandado.

"5º Condénase al señor José Antonio Zúñiga a pagar las costas de este juicio, tanto de la primera como de la segunda instancia."

El apoderado del señor José Antonio Zúñiga interpuso recurso de casación, el cual fundó ante la Corte.

Se admite el recurso, por hallarse en las condiciones legales, y se procede a su decisión.

Se alegan las causales 1ª y 2ª del artículo 2º de la Ley 169 de mil ochocientos noventa y seis.

Para sustentar la segunda, se dice que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por José A. Zúñiga, por cuanto no se falló sobre la excepción perentoria de falta de acción del demandante.

Empero, el numeral 1º de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal se refiere expresamente a dicha excepción, con el fin de declararla no probada; de suerte que el cargo es improcedente. Ahora: si por motivos legales era el caso de desconocer el derecho de Reyes Zúñiga para promover la acción, el punto cae bajo la causal 1ª y al examinar ésta será tratado.

El primer motivo de la causal 1ª consiste en que la sentencia es violatoria de ley sustantiva.

Esa sentencia—dice el recurrente—quebranta directamente el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, que prohíbe alegar la nulidad al que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

El fallo recurrido viola este artículo por cuanto en él se ha decretado la nulidad, siendo alegada por Margarita Valderrama, vendedora, quien sabía o debía saber el vicio que invalidaba el contrato, y lo viola también por cuanto la nulidad no aparece de manifiesto en el contrato.

En el segundo motivo se acusa la violación indirecta del mismo artículo, porque está demostrado que es Margarita Valderrama, por conducto de su esposo, y no éste por interés personal, quien demanda la nulidad del contrato relacionado en la escritura número 681.

El recurrente impugna las aseveraciones del Tribunal acerca de que fue Reyes Zúñiga, como marido y jefe de la sociedad conyugal y en calidad de tercero en el contrato, el que instauró la acción, y copia, con el fin de refutarlos, varios pasos del fallo, tales como éstos:

"Margarita contrató sola con José Antonio, el cuatro de agosto de mil novecientos diez y ocho, siendo los dos personas libres.

"Para efectos de este contrato, la personalidad de Reyes no intervino, fue un sujeto extraño al acto, como si para él no existiera. Pero contrajo matrimonio a los tres días y entonces su posición de marido, de jefe de la sociedad conyugal, de protector de la persona y de los bienes de su mujer, entró en actividad y surgió con todas las facultades y todas las prerrogativas de la ley.

"No es Margarita la que alega: es Reyes; no es Margarita la que pide licencia al marido para establecer la acción, ni pide permiso a la justicia. Es Reyes mismo, por sí, en su condición de marido, por virtud de la potestad marital, quien demanda la nulidad de un contrato ruinoso y su interés se hace indelegable, actual y hasta obligante."

También impugna estos pasos:

"Margarita no confirió mandato a nadie: su marido obró por sí. Su petición refluje en beneficio de ella; claro. Pero ella misma no demanda." "Si pues ella, la demandante, calló, y otro, que no es su apoderado, demandó, alegó y probó, siendo a la vez tercero e interesado, no importa que sea su marido, la demanda es admisible; por la protección a ese tercero, como lo dice el alegato, y porque se impone sancionar los contratos atentatorios de la moralidad."

Expone el recurrente que la señora Valderrama, cuando celebró el contrato, obró con libertad, era civilmente capaz y sus facultades se encontraban normales. En el supuesto de la simulación del contrato—que aquél no admite—ella lo sabía y, por tanto, carece de acción para alegar la nulidad. Reyes Zúñiga demandó a nombre de su mujer, como lo dice en la propia demanda: “Yo, Reyes Zúñiga, varón mayor de edad, natural y vecino del Municipio de San Mateo, en donde también resido, en nombre y representación de mi esposa la señora Margarita Valderrama, a su autoridad ocurro con las consideraciones de estilo, para demandar, como en efecto demando, a mi padre. . . .” Habla Reyes en nombre de su esposa únicamente. Su personalidad no hace más que trasparentar la de Margarita. Esta es la que demanda, no su esposo. Este le sirve de intermediario, de representante, de conformidad con el artículo 309 del Código Judicial. La regla general es que el marido tenga la representación personal de la mujer y la administración de sus bienes, la potestad marital de que habla el artículo 177 del Código Civil incluye dicha representación.

“Darle una interpretación distinta a la demanda, negarle a Margarita la personería que ha venido actualizando a todo lo largo del juicio por mediación de su esposo, es extraviar el criterio fundamental de la misma demanda y violar, como lo ha hecho el fallo, no sólo el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, sino también las disposiciones sustantivas que se dejan citadas.”

“Con la doctrina del Tribunal—prosigue—se eliminaría el régimen estatutario de la sociedad conyugal que el Código Civil establece en el Capítulo 1º del Título 9º del Libro 1º, y en el Título 22 del Libro 4º. En armonía con esa doctrina, la mujer casada en ningún caso podría ser representada por su esposo, teniendo que actuar personalmente ella con licencia de aquél. La potestad marital, la dirección de los negocios de la sociedad, la autonomía, en fin, del marido en el gobierno de la familia, serían un mito. Cada uno de los cónyuges tendría que defender personalmente sus intereses. Pero no es esto lo que se desprende de los textos legales ni del fondo de la demanda. En aquéllos se establece que el marido representa a la mujer en todo y que ésta, por excepción, puede personalmente actuar con autorización del esposo. En la demanda se ve claro, nitido, que Reyes Zúñiga procede en ejercicio del derecho de representación de su esposa, cuyos intereses defiende; no, como afirma el fallo, que demanda para sí, como personalmente interesado en la declaración de la nulidad, como tercero, en el sentido que a este término da el artículo 15. Demostrado que el fallo le da al artículo 15 una aplicación indebida al caso del presente pleito, es evidente la violación indirecta de ese precepto legal, quedando justificada la causal de casación.”

Se considera:

No ha habido violación directa del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, porque el sentenciador ha partido de la base de que no fue Margarita Valderrama la que ha ejercitado la acción, sino su marido, obrando como tercero. Existiría esa violación si, admitiendo el Tribunal que la expresada señora fue la promotora de la acción, le reconociera el derecho de pedir la nulidad de un contrato celebrado por ella misma. Se desecha por esto el primer motivo.

Cuanto al segundo, él sólo puede venir como consecuencia de un error de hecho evidente que hubiera cometido el Tribunal en la apreciación de la demanda, o de un error de derecho.

El recurrente no ataca expresamente por error; pero estima la Corte que de manera implícita sí formula el cargo, pues a ello equivalen estas palabras: “En la demanda se ve claro, nitido, que Reyes Zúñiga procede en ejercicio del derecho de representación de su esposa, cuyos intereses defiende. No, como afirma el fallo, que demanda para sí, como personalmente interesado en la declaración de la nulidad, como tercero, en el sentido que a este término le da el artículo 15.”

Al principio del libelo dice Reyes Zúñiga que en nombre y representación de su esposa Margarita Valderrama ocurre a demandar.

En la petición cuarta (4ª) de las subsidiarias, solicita costas si el demandado se obstinare en negar su derecho (mi derecho, dice). En el hecho 6º asevera que su esposa y él han estado en posesión continua de la finca, a excepción de dos pequeños lotes, y en el 7º arguye que es inverosímil que el demandado les hubiera permitido poseer la finca por mera liberalidad. En las razones de la demanda expresa: “De ahí también que mi padre hubiera consentido en que mi esposa y yo hayamos poseído como dueños una parte más o menos proporcional al derecho de mi esposa en la sucesión de su primer marido, no obstante que tales bienes habían sido adjudicados a mi padre en la sucesión de Baronio.”

Si por la frase de la introducción puede juzgarse que Reyes Zúñiga asumió únicamente el papel de representante de su mujer, en las otras afirmaciones citadas ya habla también en su propio nombre, refiriéndose a su derecho y a la posesión que ha tenido, junto con la señora Valderrama.

Esto quiere decir que, dada la ambigüedad de la demanda sobre el particular, la interpretación de esta pieza por el Tribunal no puede ser tachada de evidentemente errónea. Es evidencia, según el Diccionario, una certeza clara, manifiesta y tan perceptible de una cosa que nadie puede racionalmente dudar de ella. Luego para calificar de evidentemente errónea la interpretación de que se trata, sería preciso que apareciera clara y manifiestamente y sin lugar a duda racional, que el demandante instauró la acción a simple nombre de su mujer y no también en interés propio.

¿Y cuál es ese interés propio? El de los frutos de los bienes de la mujer, que pertenecen a la sociedad conyugal y respecto de los cuales el marido se reputa dueño en relación con los terceros (artículo 1781, numeral 2º, y 1806 del Código Civil).

Considerado el asunto por este aspecto, Reyes Zúñiga es un tercero en orden al contrato celebrado por la señora Valderrama y el señor José Antonio Zúñiga. Aquél, no era marido de la Valderrama cuando se verificó el contrato; y una vez contraído el matrimonio, es dable sostener el interés actual del demandante para promover la acción en defensa de los intereses de la sociedad conyugal, cuyo jefe es. Ha declarado la Corte que, tratándose de juzgar sobre la validez o ineficacia de un contrato, son terceros aquellas personas que no intervinieron en su celebración ni son herederos de los contratantes (número 2489 del tomo 2º de la Jurisprudencia), y tal es el caso de Reyes Zúñiga: no celebró el contrato

y tiene interés propio y directo, distinto del de su mujer, en obtener la declaración de nulidad.

Así pues, si no resulta de manera evidente que el Tribunal hubiera errado de hecho al interpretar la demanda, no queda acreditado el error de derecho al dejar de aplicar el artículo 15 de la mencionada Ley 95. Tiene Reyes Zúñiga interés propio y actual, en cuanto jefe de la sociedad conyugal, y no celebró el contrato, se repite; de aquí que no se le pueda negar la acción, por más que el resultado de ella redunde también en beneficio de la señora Valderrama. Esto es inevitable en el sistema legal sobre régimen de la sociedad conyugal. Por tanto, se concluye que no hay violación indirecta del mencionado artículo y no se acepta el motivo que se estudia.

En el tercer motivo se acusa la violación directa del artículo 2545 del Código Civil, por cuanto el fallo declara que la acción subsidiaria de nulidad relativa por lesión enorme, fue introducida en tiempo.

Así lo dijo el sentenciador en un párrafo de la parte considerativa; mas no hay para qué examinar el cargo, supuesto que el Tribunal nada resolvió sobre la acción subsidiaria, por haber hallado probada la principal.

Por lo demás, en concepto de la Corte, la simulación controvertida en el juicio se halla establecida con una poderosa prueba indicial, cuya crítica hace acertadamente la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no hay lugar a infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintinueve de mayo de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito de Riosucio, el doctor Jorge H. Palomino, en su condición de apoderado de Lorenzo Agudelo, demandó a la iglesia de La Candelaria, representada por su Síndico, Presbítero Francisco María Vélez, para que, mediante la tramitación de un juicio ordinario, se hiciesen por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

a) Que en el derrumbamiento de la cúpula del templo o iglesia de La Candelaria, ocurrido el día veinticinco de diciembre de mil novecientos veinticuatro (1924), no hubo fuerza mayor o caso fortuito, sino falta de dirección técnica de la obra, defectos de construcción de la misma y falta de cuidado en los encargados de su dirección;

b) Que, en consecuencia, la iglesia de La Candelaria está obligada a indemnizar a mi mandante los perjuicios ocasionados por el derrumbamiento de la cúpula de

dicha iglesia, ocurrido el 25 de diciembre de 1924, consistentes en la completa destrucción de su casa;

c) Que el valor de dicha indemnización asciende a la cantidad de tres mil pesos (\$ 3,000) oro legal, o a la cantidad que se probare en este juicio valieron tales perjuicios, o a la que le asignen peritos;

d) Que el valor de la indemnización debe extenderse al lucro cesante y daño emergente; y

e) Que deben pagarse a mi mandante las costas respectivas, si temerariamente el representante de la entidad demandada se empeña en sostener esta demanda.

Fundó esta demanda en los artículos 2341, 2350, 2356 del Código Civil; 929 a 932 del Código Judicial; 1º de la Ley 95 de 1890 y en diez hechos cuyo resumen hace el actor en el siguiente aparte del libelo:

“La iglesia de La Candelaria, debe, pues, indemnizar a mi mandante los perjuicios que le ocasionó la caída de la cúpula, destruyéndole totalmente su casa de habitación, porque los encargados de la dirección de esa obra no tuvieron con ella el cuidado y diligencia de un buen padre de familia; porque en la confección de esa obra emplearon materiales como ladrillo fabricado de partes iguales de barro y tierra negra común; porque la Junta Directiva, desde tiempo atrás al desastre, conoció la incapacidad e incompetencia del maestro Daniel Sánchez para la ejecución de la obra, y sin embargo se obstinó en sostenerlo al frente de ella, llegando su candor hasta el punto de nombrarlo director técnico, sin que tuviese credenciales suficientes que autorizasen ese nombramiento, y, porque todo daño es menoscabo del patrimonio, y, de consiguiente, lesión jurídica que merece reparación.”

El demandado contestó rechazando la acción, negando la mayor parte de los hechos y opuso las excepciones de fuerza mayor o caso fortuito, carencia de acción y petición antes de tiempo o de un modo indebido.

El Juez de la instancia falló así la controversia:

“1º Decláranse no probadas las excepciones perentorias de caso fortuito o fuerza mayor, carencia de acción, petición antes de tiempo o de modo indebido, y las reconocidas por el artículo 52 de la Ley 105 de 1890.

“2º Declárase que el derrumbamiento de la cúpula del templo o iglesia de La Candelaria, ocurrido el día veinticinco de diciembre de mil novecientos veinticuatro, no se debió a fuerza mayor o caso fortuito, sino a falta de dirección técnica de la obra, defectos de construcción de la misma y falta de cuidado en los encargados de su dirección.

“3º Declárase, en consecuencia, que la iglesia de La Candelaria, de esta ciudad, representada por su Síndico, Presbítero doctor Francisco M. Vélez, está en la obligación de indemnizar al señor Lorenzo A. Agudelo E. los perjuicios ocasionados por el derrumbamiento de la cúpula de dicha iglesia, ocurrido en la fecha citada en el punto anterior, consistentes en la completa destrucción de su casa, incluyendo en tales perjuicios el daño emergente y el lucro cesante.

“4º La mentada iglesia pagará, dentro de los seis días siguientes al de la notificación de esta sentencia, al mentado Agudelo E., la cantidad de dos mil ciento ochenta y tres pesos, treinta y tres centavos (\$ 2,183.33), precio en que fueron estimados pericialmente los daños

y perjuicios que le sobrevinieron con la destrucción de su casa de habitación, incluyéndose en esta suma el daño emergente y el lucro cesante; y

"5° Declárase que no hay lugar a condenación en costas, en esta primera instancia...."

El Tribunal de Manizales confirmó la sentencia anterior.

Contra la del Tribunal, el personero de la iglesia interpuso recurso de casación que la Corte declara admisible por reunir las condiciones legales para ello, y procede a resolverlo en el fondo.

Alega el recurrente la primera causal, y estima que el Tribunal al no declarar probada la excepción de fuerza mayor o caso fortuito, ha violado el artículo 2350 del Código Civil, según el cual, para que sea responsable el dueño de un edificio, cuya ruina ocasiona daños, se requiere que haya prueba completa de que omitió las reparaciones necesarias o que faltó de otra manera al cuidado de un buen padre de familia; lo que quiere decir que si se prueba que hizo las reparaciones necesarias y que no faltó al cuidado requerido, debe ser absuelto de la demanda que se dirija contra él.

Es de concepto el recurrente que no habiendo sido tachados por motivo alguno los testimonios con los cuales la iglesia de Ríosucio demostró, "tanto en la primera como en la segunda instancia," haberse preocupado por hacer las reparaciones necesarias y haber tenido todo el cuidado que la ley requiere en tales circunstancias para que se exima al demandado de toda responsabilidad por culpa, la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal al desecharlas para condenar a aquella entidad, adolece de error evidente, porque ha pretendido que lo declarado por los testigos abarque o comprenda elementos que escapan al conocimiento del hombre, cuales son la existencia de causas internas dentro de la corteza terrestre, como fallas o deslizamientos en el subsuelo de la región de Ríosucio y en el lugar en donde se construía ese templo, exigiendo que aquellos declarantes precisen qué temblor de tierra, qué movimiento del subsuelo y a qué horas precisas de determinados mes y año, produjo el desnivel que ocasionó las grietas y precipitó la caída de la cúpula de esa edificación, sin parar mientes en que para dar por establecidos hechos de esa naturaleza y dar crédito a los testigos, basta la posibilidad de un tal acaecimiento, si de otro lado estaban demostrados los elementos que eximían de toda responsabilidad culpable a la parte demandada. Es cierto que los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas; pero cuando, como ahora ocurre, que ella es errónea, por exigir un conocimiento de hechos cuya existencia tampoco pueden negar los testigos del actor, ni el Tribunal sentenciador, ni nadie, se está en presencia de la necesidad de infirmar el fallo en que así se haya procedido."

Se refiere este cargo al hecho de haber acogido el Tribunal la prueba presentada por la parte actora para demostrar que la caída de la cúpula que produjo el siniestro no fue ocasionada por terremoto, ni tempestad, ni huracán, etc., sino por impericia de los arquitectos y mala clase de los elementos empleados en la construcción.

Dice el Tribunal:

"... Los testigos de la parte demandada niegan que el siniestro ocurrido el veinticinco de diciembre de mil novecientos veinticuatro en la iglesia de La Candelaria

se deba a defectos de construcción y al uso de malos materiales empleados en la confección de la obra, y afirman, en consecuencia, que ese suceso lo ocasionó un caso fortuito; pero, es lo cierto que los testigos expresados no dicen en qué consistió el caso fortuito o el hecho imprevisto o inesperado que produjo la caída de la cúpula de la iglesia.

El hecho de ignorarse la causa productora de cierto fenómeno o de cierto hecho físico, no es motivo suficiente para aseverar que el fenómeno o el hecho ocurrió por caso fortuito; es preciso demostrar la existencia del hecho o de la causa generadora del suceso, para poder apreciar si el fenómeno se debe a fuerza mayor o caso fortuito.

Y ninguno de los testigos de la parte demandada dice cuál fue el hecho o la causa que produjo la caída de la cúpula.

Por consiguiente, es forzoso estarse a lo declarado por los testigos de la parte actora, quienes afirman que "el siniestro ocurrido en el templo se debió al empleo de malos materiales y a errada dirección en la ejecución de la obra...."

Considera la Corte que no existe el error de hecho que el recurrente señala en esta apreciación del sentenciador, ni la consiguiente violación de las disposiciones legales que tratan del caso fortuito; porque, habiéndose defendido la parte demandada con la correspondiente excepción, debió justificar, es decir, debió contrarrestar la prueba del actor con la demostración de que el derrumbamiento de la torre fue ocasionado por un acontecimiento imprevisto a que no es posible resistir, como un sacudimiento sísmico, un rayo, un deslizamiento de capas subterráneas, etc., sin que obste para ello el que tal acontecimiento sea posible, como quiere el recurrente, pues la prueba debe recaer de modo concreto sobre el hecho imprevisto e irresistible que produjo el siniestro.

Al debate no se trajo la prueba pericial, que habría sido la atinente. Arguye el autor del recurso que para que la culpa de la iglesia de La Candelaria tuviera siquiera asomos de existencia, habría sido preciso que el demandante hubiera hecho uso de las acciones de que tratan los artículos 988 y 992 del Código Civil, y que la Junta encargada de la construcción hubiera sido reuente en hacer las reparaciones. Pero como nada de esto hizo el señor Lorenzo Agudelo, el Tribunal, al condenar a dicha entidad, ha violado el artículo 991 del Código Civil, que claramente dice: "No habrá lugar a indemnización si no hubiese precedido notificación de la querella," razón por la cual la sentencia debe ser infirmada.

Considera la Corte que la disposición invocada hace parte del Título del Código Civil que trata de las acciones posesorias especiales, entre las cuales figura la querella hecha ante el Juez por el que teme que la ruina de un edificio le cause perjuicio, para que se mande al dueño de tal edificio a derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación. Y en el caso presente no se trata de esa acción. El señor Agudelo no tenía porqué saber que una cúpula que se estaba construyendo fuera un edificio que amenazara ruina, para verse obligado a intentar la querella respectiva a fin de defender su casa. La cúpula fue a tierra, según las declaraciones que acogió el Tribunal, por defectos de construcción y por la mala calidad de la mezcla o ar-

gamaza empleada para pegar los ladrillos, que era, dicen los testigos, tan deleznable que con sólo los dedos y sin el menor esfuerzo podía deshacerse y reducirse a polvo.

Ahora bien, ocurrida la destrucción de la casa de Agudelo por causa del derrumbamiento de la cúpula, éste intentó la acción ordinaria de pago de perjuicios, según las reglas consagradas en el Título 34 del Código Civil, sobre responsabilidad común por los delitos y las culpas que obliga al causante de un daño a repararlo.

De otro lado, la circunstancia de que una querrela no se intente o no prospere, no es óbice para que por vía ordinaria haga valer sus derechos el que ha sufrido un daño o recibido perjuicios por delitos o culpas ajenos.

En razón de 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, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Manizales, el nueve de octubre de mil novecientos veintinueve, y condena en costas a la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial esta sentencia, y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN N. MENDEZ. — Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo treinta de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

Por escritura pública otorgada en la Notaría segunda del Circuito de Medellín, bajo el número seiscientos sesenta y cinco (665), el veintinueve de junio de mil novecientos siete, Feliciano García, vecino de Copacabana, vendió a María Josefa Hernández de Jiménez, por el precio de sesenta mil pesos papel moneda, que el vendedor dijo haber recibido de la compradora, varios bienes, entre los cuales figuran una casa de tapias y tejas, de dos pisos, con sus cuatro tiendas (4) en la planta baja, todas con sus correspondientes armarios de estantes, una de ellas surtida de viveres, tabaco y otros artículos de comercio que también entran en la venta, situada dicha finca en la población de Copacabana, y alinderada totalmente así: por el frente o Sur, con la plaza pública; por el Occidente, con la calle de Bolívar; por el Norte, con propiedad de Hipólito Díaz; y por el Oriente, con finca de Candelaria Mariaca.

El nueve de agosto del mismo año, por la escritura pública otorgada en la misma Notaría, bajo el número ochocientos trece (813), María Josefa Hernández de Jiménez vendió a los menores Ana Judit, Eduardo Jaime, María Josefa, Elena, Feliciano, Antonio y Gabriela García Jiménez, los mismos bienes expresados en la escritura número 665, que se acaba de mencionar, por el mismo precio de sesenta mil pesos papel moneda que la vendedora dijo haber recibido de los compradores y que éstos hubieron—se dice allí—por herencia de su madre la señora Emilia Jiménez de García. En representación de los expresados menores actuó en ese otorgamiento el señor Feliciano García, quien dijo a su vez “que como padre legítimo de los compradores, acepta en nombre de ellos la

presente escritura y declara recibidos los bienes expresados, obrando en virtud del derecho de patria potestad que ejerce sobre dichos compradores.”

María Josefa y Feliciano García J., ya mayores de edad, el 21 de octubre de 1919, por escritura número 589, otorgada en esa fecha en la Notaría del Circuito de Girardota, le vendieron a Feliciano García las dos séptimas partes que a ellos correspondían en la casa de tapia y tejas de dos pisos, con su correspondiente solar, ubicada en la cabecera de ese Municipio, en su plaza principal, y que linda: por el frente, con la calle de Bolívar; por un costado, con la plaza pública; por el centro, con propiedad de Jesús María Díaz; y por el otro costado, con propiedad de Francisco Arango y Miguel Hernández, derechos que hubieron las vendedoras por compra que, con sus otros cinco hermanos, hicieron a la señora María Josefa Hernández de Jiménez, por medio de la escritura número 813 de que ya se ha hecho mérito.

Otras de las copropietarias de la finca que se acaba de describir, Gabriela y María Josefa García, casáronse, la primera con Roberto Alvarez, y la segunda con Heriberto Gómez O.; y este último, en representación de su mujer, y hablando también a nombre de Gabriela García, en ejercicio del poder que al efecto le confirió el marido de ésta, en escrito fechado el 12 de septiembre de 1925, dijo al Juez del Circuito de Girardota:

“a) Los señores Feliciano García M., Ana Judit García, mujer casada con Francisco Montoya, Eduardo Jaime y Antonio García, todos mayores de edad y vecinos del Municipio de Copacabana, donde residen, poseen, en proindivisión con Gabriela García y mi esposa María Josefa García, una casa de tapias y tejas, situada en el Distrito de Copacabana, de dos pisos, con cuatro tiendas, dentro de estos linderos: por el frente, con la plaza pública; por el Occidente, con la calle de Bolívar; por el Norte, con propiedad de Hipólito Díaz, y por el Oriente, con finca de Candelaria Mariaca.

“b) La parte que Gabriela García, esposa de Roberto Alvarez, y mi mujer María Josefa tienen en este inmueble, la hubieron por compra hecha a María Josefa Hernández de Jiménez, según escritura número 813, de 9 de agosto de 1907, de la Notaría 2ª del Circuito de Medellín.

“c) Son derechos de séptima parte, distribuidos así: Feliciano García M. es dueño de dos séptimas partes por representación de Helena García, que murió, y por compra de la otra a Feliciano García J.; Eduardo Jaime, Ana Judit y Antonio García son dueños de sendas séptimas; y las dos pertenecientes a Gabriela García una y a mi esposa otra.

“d) Ningún comunero está obligado a permanecer en comunidad, y por eso demando en representación del señor Roberto Alvarez y en mi propio nombre, a los citados Feliciano García M., Ana Judit García, Eduardo Jaime y Antonio García, para que previas las formalidades de un juicio, decrete usted, señor Juez:

“Que el inmueble en referencia se venda en pública subasta, ya que la división material es difícil y la ley prefiere en casos como éste tal acto judicial; y,

“Que el producto se parta entre los comuneros.

“Apoyo mi petición en los artículos 2334 y 1374 del Código Civil y en el 145 de la Ley 40 de 1907, y estimo la cuantía en más de trescientos pesos (\$ 300) oro.

"El señor Antonio García es vecino de Barranquilla, donde reside, y por eso solicito de usted, señor Juez, que se digne comisionar a los municipales de Copacabana y Barranquilla para que se les haga la notificación de la demanda, y con respecto a la señora Judit García se dignará darle cumplimiento al artículo 310 del Código Judicial."

El demandante Gómez O., por medio de memorial que presentó al Juzgado el 29 del mismo mes de septiembre, reformó la demanda "haciéndola extensiva a la sucesión de Helena García, representada por su padre el señor Feliciano García M."

La demanda así corregida fue notificada a Feliciano García M., a Eduardo Jaime García y a Francisco Montoya, marido este último de Ana Judit García, el 27 de octubre de 1925; pero ya, el día anterior, Feliciano García M. había otorgado a favor de Jaime García, en la Notaría cuarta del Circuito de Medellín, la escritura número 2385, en la cual dijo transferirle a este último, a título de venta "el derecho de dominio que el exponente tiene en una casa de dos pisos, con tienda, trastienda y una pieza más y con su solar correspondiente; agua potable y demás mejoras y anexidades, situada en la población de Copacabana, en la calle de Bolívar, y que linda: "Por el frente, con la calle de Bolívar; por un costado, con tienda vendida por el tradente a Jaime García y que hacía parte del inmueble que hoy vende, y con parte de casa y solar del señor José María Díaz (a Polo); y por el centro, con solar del comprador señor Jaime García, el mismo que fue de Candelaria Mariaca y después del señor Valerio Zapata, y con tienda del señor Francisco Arango H.; y por el otro costado, con la plaza pública."

El apoderado de Jaime García, haciendo valer esa escritura, en escrito de 2 de noviembre del mismo año, se opuso a la división solicitada en la demanda, alegando ser su poderdante dueño exclusivo de la finca cuya división se pide, y terminó diciendo:

"Propongo, pues, las siguientes excepciones perentorias:

"Primera. Nulidad absoluta del contrato contenido en la escritura pública número seiscientos sesenta y cinco, otorgada en la ciudad de Medellín, ante el señor Notario 2º, el veintinueve (29) de junio de mil novecientos siete (1907), por los señores Feliciano García M., vendedor, y María Josefa Hernández de Jiménez, compradora.

"Esta nulidad absoluta o inexistencia legal del contrato contenido en la mencionada escritura, proviene de no haber sido sinceras o verdaderas las manifestaciones allí consignadas; no haber mediado precio real y efectivo; no haber existido en el vendedor intención formal de transferir el dominio, ni en el comprador de adquirirlo. Así lo hizo constar la presunta compradora señora Hernández de Jiménez en el documento o contra-escritura que otorgó en Medellín a primero de julio de mil novecientos siete, reconocida a petición del supuesto vendedor don Feliciano García M., ante el señor Juez 1º de ese Circuito, el mismo día. En dos fojas útiles presento la citada contra-escritura. En la debida oportunidad expondré las razones de derecho en cuya virtud es plena prueba.

"Segunda. Nulidad absoluta del contrato contenido en la escritura pública número ochocientos trece (813) pasada en la misma Notaría 2º el nueve de agosto del pro-

pio año de mil novecientos siete (1907), y de la cual hice antes mérito.

"Esta nulidad proviene de dos fuentes:

"Es la primera la que le comunica la nulidad originaria que afecta la escritura número 665, materia de la primera excepción, o mejor dicho, el contrato en ella contenido, pues siendo las mismas partes las que celebraron el segundo contrato, que es materia de la presente excepción, la falta de causa y objeto en la una lo es también en la otra convención.

"La segunda fuente consiste en la violación indirecta de la prohibición contenida en el artículo 1852 del Código Civil, en cuya virtud es nula, de nulidad absoluta, la compraventa entre el padre y su hijo de familia o menor de edad. Y a esto equivale la compraventa que se registra en la citada escritura número 813, pues los bienes del padre pasaron a sus menores hijos mediante la simulada convención contenida en la número 665.

"Tercera. La excepción que resulta de la comprobación o existencia del hecho siguiente:

"El causante de don Jaime García J. reedificó por completo el edificio que se pretende común, pero que en realidad no lo es por ser de la exclusiva propiedad de mi poderdante—conforme a la escritura pública número 2385, de la Notaría 4º de Medellín, que acompaño inscrita competentemente.—En esta virtud, suponiendo la existencia de la comunidad, lo será apenas en cuanto al suelo en que se encuentra el edificio y nó en las edificaciones, porque éstas son obra del señor García M. con su propio peculio.

"Cuarta. La excepción que resulta de la comprobación o existencia de lo que los comuneros deben a mi mandante, suponiendo la finca común, en razón de la reedificación a que se alude en la precedente excepción.

"De acuerdo, pues, con el artículo 1297 del Código Judicial, sírvase abrir el juicio a pruebas y seguir la tramitación de un juicio ordinario, por todos sus detalles."

Con ese escrito de oposición se presentó un documento fechado en Medellín el 1º de julio de 1907, y firmado por María Josefa Hernández de J., y reconocido por ésta ante el Juzgado 1º en lo civil del Circuito de Medellín, que, en lo pertinente, dice:

"Yo, María Josefa Hernández de Jiménez, mujer viuda, mayor de edad y vecina del Municipio de Copacabana, declaro que el contrato de compraventa que reza la escritura número seiscientos sesenta y cinco, otorgada en esta ciudad el veintinueve de julio del corriente año ante el Notario 2º de este Circuito, por el cual el señor Feliciano García dice que me vende dos casas situadas en la plaza pública de Copacabana, una de ellas de dos pisos, con cuatro tiendas, con sus armarios de estantes, una de éstas surtida de viveres y otros artículos de comercio, y un terreno con casa de habitación, máquina de moler caña, cinco bestias mulares y un caballo de silla y otras anexidades, plantado de caña, yuca, plátano, etc., situado en el mismo Municipio de Copacabana, paraje Peladero, cuyos linderos están descritos en dicha escritura, es ese contrato enteramente falso, porque no es cierto que dicho García haya tenido jamás ni tenga intención de transferirme el dominio de esos bienes suyos, ni yo he tenido ni tengo intención de adquirir ese dominio, ni tampoco es cierto que exista el precio de esa venta, porque ni se lo he pagado a García ni pienso pagar-

selo, en ninguna forma, toda vez que entre el supuesto vendedor García y yo no se ha celebrado sino fingidamente el contrato de que habla tal escritura; y hemos verificado esta simulación porque a García se le iban a quitar injustamente esos bienes, se los iban a perseguir judicialmente, y él, para ponerlos en seguridad, me otorgó esa escritura falsamente, en virtud de la confianza que me tiene, mientras se defiende de sus enemigos. Propiamente estos bienes quedaron depositados en mí, que es el objeto esencial y cierto del referido contrato; y como tal depositaria, no tengo sino la tenencia precaria de tales bienes, los cuales siguen perteneciendo a su dueño el señor García, quedando yo obligada a hacer estas declaraciones por escritura pública, para que la que él me otorgó quede materialmente destruida."

Posteriormente, en escrito de 12 de julio de 1926, dijo el mismo apoderado de Jaime García:

"Propongo la excepción perentoria de transacción.

"Fundo esta excepción en el hecho de haber transado el señor Gómez O. con los señores García M. y García J. las diferencias que se controvierten en el expresado juicio, con la expresa manifestación, por parte del señor Gómez O., de que ni su señora María Josefa García, ni la señora Graciela García de Alvarez, ni el señor Antonio García J., ni ningún otro heredero de la señora Emilianna Jiménez de García, tenían derecho en el inmueble, materia de dicho juicio divisorio. Este arreglo tuvo lugar en Medellín, en el mes de noviembre de 1925, en el edificio Córdoba, en la oficina del doctor Isaías Cuartas, y es (sic) suscrito. Artículo 482 del Código Judicial."

El juicio se siguió con Jaime García, como único opositor, y agotada la tramitación correspondiente, el diez y nueve de septiembre de mil novecientos veintisiete, el Juzgado dictó la sentencia de primer grado, en la cual declara:

"No es el caso de ordenar y no se ordena la división por venta del inmueble a que se refiere este juicio."

La parte demandante apeló de esa sentencia y el Tribunal Superior de Medellín, el veintiséis de julio de mil novecientos veintiocho, falló en segunda instancia, así:

"Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se revoca la sentencia apelada y en su lugar se decide:

"1° Se declaran no probadas las excepciones propuestas por Jaime García.

"2° Se decreta la división por venta del inmueble a que se refiere este juicio. Oportunamente se nombrarán los justipreciadores en los términos ordenados por el artículo 1302 del Código Judicial, y en firme el avalúo, se sacará a licitación pública con las formalidades de rigor.

"3° El producto del inmueble se repartirá entre los comuneros, así: una séptima que corresponda a la sucesión de Helena García, representada por su padre Feliciano García y que entró a poder de Jaime García, según se dejó demostrado en esta sentencia; cuatro séptimas de este último, que pertenecieron primitivamente a Ana Judit, Jaime, María Josefa y Feliciano García J.; una séptima de Heriberto Gómez, que pertenecía a Gabriela García de Alvarez, y la restante de Antonio García."

La parte opositora interpuso el recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal.

La Corte admite el recurso y procede a fallarlo.

"Como causales de casación—dice el recurrente—enumero las siguientes: violación de ley sustantiva y no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los demandados," lo que quiere decir que invoca las causales primera y segunda de que trata el artículo 2° de la Ley 169 de 1896, en sus ordinales 1° y 2°

Aunque la demanda de casación no está ajustada a la forma ordenada por el legislador en el artículo 9° de la Ley 90 de 1920, de la atenta lectura de ella se descubren como referentes a la segunda causal las siguientes acusaciones:

"La sentencia contemplada niega al documento o escritura privada convenida entre la señora de Jiménez y Feliciano García (folios 21, 22 y 103 vuelto, cuaderno primero), todo valor contradictorio de la expresión escrituraria allí considerada, diz que por haber luégo celebrado la misma señora de Jiménez y Feliciano García (ya éste en ejercicio de la patria potestad de sus menores hijos, hoy pretendidos comuneros) el contrato tantas veces nombrado, y aparente en la escritura número 813, de 9 de agosto de 1907. Para el Tribunal cognoscente este documento, relevó a la compradora de cumplir lo pactado en el documento privado."

"2° Desconoció el valor de la estipulación privada.

"3° Reconoció la realidad de la venta hecha a doña María Josefa Hernández de Jiménez, puesto que la reputó dueña y poseedora para aceptar (don Feliciano), en nombre de los menores, la tradición correspondiente.

"4° Aceptó, asimismo, que sus hijos eran los legítimos propietarios, dado que al verificarse la emancipación de algunos de ellos les compró su derecho; y

"5° Dejó al margen (don Feliciano) el derecho de que sus sucesores, a título universal o singular, sortearan las dificultades del artículo 15 de la Ley 95 de 1890" (folio 101, cuaderno principal).

"Y es curiosa la contradicción en que incurre el Tribunal del fallo, comoquiera que en la misma fundamentación reconoce que Feliciano García optó por la escritura número 813 (base del juicio para el Tribunal), 'quizá porque a la sazón estaban sus acreedores de Medellín buscando materia de embargo,' es decir, que en dicha escritura continuó 'el desagradable aspecto de simulación' y el proceder ilegal, incorrecto e inmoral, porque hoy se le condena a la división con otros de lo suyo. Basta, pues, considerar lo anterior para que las conclusiones transcritas como significación de la escritura número 813, caigan por su base y en cambio se erija la causal de casación que aquí figura como violación de ley sustantiva y falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes."

En este cargo, en que—contrariando preceptos legales—aparecen involucrados dos cargos referentes a causales diversas, no se ha demostrado en qué consiste la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones, oportunamente deducidas por los litigantes, y en cuanto a la acusada violación de ley sustantiva, ni siquiera se anota cuál es esa ley, pues si se trata de la única disposición que en este cargo aparece citada, que es la del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, ni dice ni da a entender el recurrente en qué concepto ha sido violado ese precepto legal. Si el cargo se refiere a que debió ser declarada nula la escritura número 813 allí citada, en

vista de la escritura privada de 1º de julio de 1907, hecha por la otorgante Josefa Hernández de Jiménez para desvirtuar lo que en ella se pactó, la prohibición contenida en el artículo 1766 del Código Civil desautoriza la tesis que el recurrente trata de hacer valer contra terceros adquirentes. El cargo es infundado.

Seguidamente dice la demanda:

"Del tenor global de la sentencia recurrida aparece sin ninguna dificultad que el juzgador sintió repugnancia ante el aspecto moral del juicio y falló de acuerdo con sus escrúpulos, pero no de conformidad con la ley. Porque ésta en ninguna parte dice que quien da lugar a la nulidad absoluta de un contrato lo ratifica con sólo aparecer en el juicio en que dicho contrato figure, ni que ese tal pierde lo suyo por el hecho de haber causado dicha nulidad. En estos casos comete una estafa o una falsedad o un pecado mortal por la mentira ante el funcionario de fe pública, pero ante el derecho civil, la ordenación legal es clara y terminante."

Transcribe a continuación varios fragmentos de disposiciones del Código Civil, referentes a nulidades, y termina así:

"Y si a esto se agrega el que dentro del juicio existe la copia de las hijuelas que correspondieron a los menores hijos de Emiliana Jiménez (esposa de Federico García y madre de los sedicentes comuneros de hoy); que según esas hijuelas los pretendidos menores adquirentes de 1907 no recibieron dinero, y que la escritura número 813 (base de la comunidad para el honorable Tribunal fallador), dice que el precio de la venta es de sesenta mil pesos papel moneda, que los compradores le han entregado (a la señora de Jiménez), a su satisfacción, "dinero éste que ellos hubieron por herencia de su madre la finada señora Emilia Jiménez de García"; que en el folio 7 de esas copias existe la prueba del registro de la sentencia aprobatoria de la partición y por tanto del valor civil de tales hijuelas; que la presentación de esta prueba no se hizo de manera subrepticia (como lo afirman el demandante y el Tribunal del fallo), sino que formó parte del alegato oral el día de la audiencia ante el honorable Tribunal, y es por consiguiente fuerza demostrativa de la controversia fallada (folio 107, cuaderno primero, y artículos 153 de la Ley 40 de 1907 y 553 del Código Judicial); que no apareciendo como materia de esas hijuelas sino derechos en bienes raíces pero no dinero, hay que concluir que el tal contrato de la escritura número 813 carece de precio, requisito esencial en el contrato de compraventa; sale de bulto el que la sentencia reparada en este recurso incurrió en error de derecho al apreciar esta prueba (a la cual le negó todo valor, folio 99 vuelto), e incurrió en error de hecho por cuanto negó el del registro de esas hijuelas, apareciendo de un modo evidente en los autos (folio 7, cuaderno de hijuelas).

"Y b). No está la sentencia reparada en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los demandados, porque se falló sobre puntos que no han sido objeto de la controversia; porque se dejó de resolver sobre puntos que sí lo fueron, y porque no se falló sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas, siendo el caso de hacerlo."

Para desechar este cargo, basta observar:

a) Que el numeral 1º del fallo recurrido dice:

"Se declaran no probadas las excepciones propuestas por Jaime García."

b) Que no señala el recurrente cuáles fueron los puntos objeto de la controversia, no fallados por el Tribunal, ni cuáles son las declaraciones de éste sobre puntos no sujetos a su decisión; y

c) Porque la hijuela a que el cargo se refiere ni siquiera figura como prueba en el juicio, como lo anota el Tribunal al decir en la sentencia que ese documento se apuntó al expediente "de modo subrepticio, dado que no se pidió como prueba" y como lo confirma la misma parte recurrente en el último párrafo del escrito en que interpuso este recurso, en el cual dice:

"Aprovecho esta oportunidad para significar respecto a la hijuela que el honorable Tribunal apreció como introducida de modo subrepticio, que ese documento lo hice valer el día de la audiencia y lo lei en el término de ésta, motivo por el cual lo presenté o acompañé con el resumen de mi alegación oral, no como una prueba propiamente dicha, sino con la fuerza moral que ella comporta."

Al frente de la 5ª foja de su alegato, dice el recurrente:

"Ahora, el hecho de decretar la división la sentencia recurrida a la vez que admite a Jaime García como adquirente del inmueble o cuerpo cierto sobre que ella versa, es reconocer que el actor cambió la acción de división por la de reivindicación consagrada en el artículo 1871 del Código Civil, ya que a tal adquirente no se podía demandar como comunero sino como comprador de cosa ajena, desde luego que el mismo actor excluye (folio 37, cuaderno primero), a Feliciano García, sedicente comunero, para no dirigir la demanda sino contra Jaime García, comprador de dicho inmueble, antes de estar registrada la demanda (folios 23 y 30, cuaderno primero); y si esto es así, la sentencia recurrida falló sobre puntos que no fueron objeto de la controversia, comoquiera que la intención definitiva del actor, manifiesta en la última enmienda de la demanda (folio 37, cuaderno primero), fue la de suprimir comuneros para ir contra el comprador del inmueble. Si hubiese querido continuar la demanda sobre partición, no excluye a Feliciano García que seguía siendo comunero, porque él no vendió a Jaime partes alícuotas sino el cuerpo cierto, la unidad, el todo, como lo reconoce la misma sentencia que se estudia. Si esa fue, pues, la intención definitiva del demandante, la sentencia recurrida violó la ley sustantiva por cuanto no atendió la disposición del artículo 835 del Código Judicial, que es sustantiva; e incurrió en la causal de casación, consistente en resolver sobre puntos que no son objeto de la controversia (ordinal 2º, artículo 2º, Ley 169 de 1896)."

Luego, en foja 8ª, repite el cargo, así:

"Atrás quedó demostrado que el demandante, al prescindir en la última modificación de su demanda (folio 37, cuaderno primero), de Feliciano García, reconociendo que éste había vendido el todo del inmueble litigioso a Jaime García (como hay que reconocerlo ante la posterioridad del registro de la demanda)—folios 23 y 30, cuaderno primero,—y ante las mismas manifestaciones del actor—folios 37, 47, 93, 94 y 95, cuaderno primero,—hizo virar la acción en un sentido completamente distinto, por cuanto ya el demandado definitivo no figuraba en el juicio como comunero sino como comprador del todo. El honorable Tribunal ha debido enmendarlo así y fallar de acuerdo con lo demandado; mas no lo hizo, y de ahí que resolvió sobre puntos que no fueron en definitiva objeto de la controversia (artículo 835, C. J.)."

Se observa:

En ninguna parte del expediente existe escrito alguno, ni una palabra siquiera, que pueda justificar la afirmación que hace el recurrente como base de esta acusación de que "el actor cambió la acción de división por la de reivindicación, consagrada en el artículo 1871 del Código Civil." Además, es inexacto que el demandante reformara su demanda en el sentido de dirigirla solamente contra Jaime García como comprador de toda la finca, de cuya división se trata. En el escrito de reforma de la demanda a que este cargo se refiere, dice el demandante: "enmiendo la demanda en el sentido de prescindir, como en efecto prescindo, del señor Feliciano García, en su doble carácter de persona natural y como representante de la sucesión de Helena. En consecuencia, sírvase señor Juez tramitar el juicio por lo que respecta a Eduardo Jaime, que se ha opuesto. Los demás han convenido en la partición por lo dispuesto en el artículo 1296 del Judicial."

El Juez resolvió así:

"Admítase la prescindencia que del señor Feliciano García se hace en el presente juicio de división. En consecuencia, adelántese con los demás demandados."

No se ve, pues, cuál puede ser el fundamento de este cargo, que por lo mismo se desestima.

Como último cargo, en apoyo de la segunda causal, agrega el recurrente:

"En cambio fue objeto de ésta la alegación de varias nulidades y el hecho de la simulación como fenómeno fundamental de ellas, y el sentenciador de segunda instancia no resolvió nada sobre este punto fundamental de la defensa de la parte demandada, debido al gesto de desagrado que le inspiró la sustracción de bienes a la persecución ejecutiva hecha por Feliciano García en 1907. El no haber considerado este motivo, así en toda su significación jurídica, y como materia cardinal del juicio, equivale a que el honorable Tribunal dejó de resolver sobre puntos que fueron objeto de la controversia.

"Naturalmente, el pensamiento del legislador al consagrar como causal de casación el que 'no se falle sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas,' se quiso referir al fallo legal, es decir, pronunciado de conformidad con las leyes, porque si el hecho de fallar de cualquier modo sobre esas excepciones inhabilitara la causal, uno de los propósitos de la casación civil, el de "enmendar los agravios inferidos a las partes," quedaría sin sentido práctico en casos como éste en que el agravio radica especialmente sobre la negación de tales excepciones hecha por el Tribunal del fallo. Así quedan demostrados, pues, el segundo y tercero de los motivos de la segunda causal alegada."

Ya se vio que la primera de las declaraciones hechas en el fallo recurrido, es la de no estar probadas las excepciones propuestas por Jaime García. Ahora, si el recurrente estima improcedente o mal fundada esa declaración, debió haber demostrado el error que en su concepto indujo al Tribunal a llegar a esa conclusión.

Primera causal.

El primer cargo referente a esta causal es el siguiente, que, para apreciarlo mejor, se transcribe en su mayor parte.

"En efecto—dice el apoderado del recurrente, doctor Gustavo Atuesta—para que haya comunidad, y por

consiguiente para que haya acción sobre la división de la cosa común, es necesario que exista una causa jurídica y legal de dicha comunidad. En el presente caso el honorable Tribunal acepta como causa de la comunidad a cuya conclusión se dirige el juicio actual, una escritura pública otorgada por la señora María Josefa Hernández de Jiménez, en que vende a los menores hijos de Feliciano García (folios 1 y 2, cuaderno principal),—hoy los pretendidos comuneros—la finca de cuya división se trata. Pero véase si la vendedora aquí celebró un contrato jurídicamente considerado y pudo radicar por tanto en la cabeza civil de aquellos menores el derecho con que hoy se presentan al litigio.

"Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes" (Artículo 1740 del Código Civil)'

"Y la disposición del artículo siguiente al anterior prescribe que es nulidad absoluta la producida por un objeto o causa ilícita o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos.

"Tampoco puede haber obligación sin una causa real y lícita (artículo 1524 del Código Civil). Por manera que apoyado en el mismo escrupulo del honorable Tribunal de Medellín, encuentro, señores Magistrados, que es nulo el origen de la propiedad que la señora María Josefa Hernández de Jiménez simuló traspasar a los menores hijos de Feliciano García, porque si el contrato que ella simuló celebrar con éste (folios 18, 19, 21 y 22 del cuaderno principal), se dirigía a burlar la persecución de sus acreedores por medio de la formalidad escrituraria, pero sin que hubiese voluntad de dar la cosa ni de recibir el precio, es decir, sin que hubiera cosa ni precio, tenemos dos nulidades absolutas que gritan su existencia a voces dilatadas y que están a punto de estrangular el derecho de las leyes vigentes tocantes a la materia: la nulidad proveniente de la causa ilícita (como es la de contratar simuladamente para burlar acreedores, lo cual va contra las buenas costumbres y contra el mis (sic) orden público—inciso 2º del artículo 1524 citado),—y la que se deriva de la falta de precio, elemento esencial en el contrato de compraventa (artículo 1849, Código Civil). Por su lado la irre realidad de la causa en el contrato que se dice celebrado entre los señores Feliciano García y María Josefa Hernández de Jiménez (folios 18 y 19, cuaderno principal), resulta de una manera innegable en la escritura privada visible al folio 21 del cuaderno principal. Es así que esto equivale a demostrar que la señora Hernández de Jiménez no adquirió la propiedad de los bienes que dijo vender a los menores hijos de Feliciano García (folios 1 y 2, cuaderno principal), luego tampoco puede traspasarla: *nemo dat quod non habet*. Es verdad que si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna, en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura (artículo 1934 del Código Civil), pero también es verdad que los contratos que la ley declara inválidos no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan (artículo 1526 ibidem). Y en el presente caso se dice en ambas escrituras contempladas, que el precio fue pagado y que los vendedores saldrían al saneamiento de toda evicción (lo cual pudiera interpretarse como un renunciamento de los vicios inmanentes);

mas por sobre esas manifestaciones de los pretendidos contratantes, está la ley con su imperio augusto y perenne, en cuyo ambiente reside por derecho propio la Corte Suprema de Justicia Nacional. Es cierto que la nulidad absoluta no puede alegarse por quien ha celebrado el contrato que la implica, pero es cierto también que el Juez debe declararla, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el contrato (artículo 15 de la Ley 95 de 1890). Aquí el contrato originario de la pretendida comunidad tiene por base una escritura falsa que sólo tiene de real las formalidades de la intervención notarial y del registro civil, luego el tal contrato originario adolece naturalmente de la misma vacuidad civil, ya que no pudo haber en él la intención cierta y valedera de transferir la propiedad de la cosa vendida, porque esta cosa no existía como propiedad de la vendedora (artículo 1870 del Código Civil). Mas alguno pudiera sesgar en este momento diciendo que dicho contrato vale entonces como venta de cosa ajena (artículo 1871, Código Civil), pero estudiemos esa interpretación a la luz de la ley y del derecho.

"Supongamos que la señora María Josefa Hernández de Jiménez vendió a los menores hijos de Feliciano García cosa ajena. ¿De quién era ésta? De Feliciano García, el que en desarrollo de la patria potestad y de las atribuciones administrativas de ella, prestó el consentimiento adquisitivo a sus menores hijos. ¿Y es esto posible ante el derecho o ante la ley? Nó. Lo primero, porque el consentimiento del padre de familia o del guardador, en relación con el movimiento de los bienes que administra, no puede sufrir desdoblamientos diferenciales de eficacia incuestionable; es decir, no puede ser valedero para el hijo de familia o el pupilo cuando es inválido para el mismo guardador o ejercitante de la patria potestad. Y en el presente caso Feliciano García no podía consentir civilmente para él en la compra de la cosa suya (de él), que la señora de Jiménez vendió a los menores subordinados a la patria potestad de aquél; luego tampoco pudo consentir hábilmente en adquirirla para sus hijos de familia, porque Feliciano García no podía ignorar el nueve de agosto de mil novecientos siete (folio 1, cuaderno principal), que los bienes vendidos por la señora de Jiménez a sus menores hijos, eran sus propios bienes de él, sin haber sufrido otra modificación que la de haber figurado en el meollo de una formalidad escrituraria y de un registro civil como una simple enunciación inocua, sin otra intención convergente de las partes otorgantes que la de sustraer esos bienes a la persecución de los acreedores de Feliciano García."

Continúa razonando el recurrente sobre la tesis de que para la perfección y validez de los actos y contratos a favor de menores "es el estado civil y la capacidad legal del padre o guardador lo que fija el alcance jurídico de dicho acto o contrato," y termina así:

"Es por esto por lo que hay necesidad de concluir que el fenómeno de la adquisición civil por parte del hijo de familia, implica la capacidad adquisitiva del padre administrador, porque la fuerza jurídica del contrato no puede saltar sobre el intermediario legal para formar un nexo independiente entre el hijo de familia y quien con él contrata. Si la ley quiere que el hijo de familia no pueda comprar bienes raíces sino mediante el consentimiento del padre, no es posible que adquiera derechos y contraiga obligaciones en un contrato de estos en que el pa-

dre no ha podido consentir. Y conforme a la demostración de folios en que es indubitable que Feliciano García era dueño de la cosa comprada por él para los hoy pretensos comuneros, y de acuerdo con la disposición del artículo 1872 del Código Civil, esa compra no vale; luego los menores nada adquirieron, y si no adquirieron nada, no son comuneros, y por tanto hay carencia de materia legal para la sentencia recurrida con flagrante violación de los artículos 2322 y 2323 del Código Civil, según los cuales el cuasicontrato de comunidad implica derechos en la cosa común."

Toda esta argumentación tiene por base la nulidad de la escritura número 665, de 29 de junio de 1907, deduciendo esa nulidad del documento privado de 1º de julio del mismo año, suscrito y reconocido por la otorgante María Josefa Hernández de Jiménez, para desvirtuar lo pactado en dicha escritura; y como ese documento se trajo al principio para hacerlo valer contra terceros adquirentes del bien enajenado por medio de aquella escritura, él no puede producir efectos contra éstos por contrario imperio del artículo 1766 del Código Civil, como ya arriba se hizo notar. Esta razón basta para sostener el fallo recurrido, aun suponiendo erróneas las expuestas por el Tribunal.

Violación de los artículos 321, 835 y 479, ordinales 6º y 7º del Código Judicial; 15 de la Ley 95 de 1890, y 51 de la Ley 105 de 1890. Dice el recurrente:

"Pero quiero conceder, señores Magistrados, que se dude de estas conclusiones ante las cuales estoy; y entonces amparo a mi representado dentro de la disposición consagrada por el artículo 321 del Código Judicial, que es sustantiva porque consagra un derecho, y conforme a la cual, cualquiera duda en el procedimiento judicial, en cuanto a la aplicación del derecho, se resolverá a favor del demandado. Por su parte el Juez de cualquiera instancia que sea, debe sentenciar definitivamente sobre la cosa, cantidad y objeto demandado; debe sentenciar de acuerdo con lo probado, y no reconociendo al demandante sino lo que constituya su derecho. Todas estas son disposiciones sustantivas, porque determinan los efectos del litigio judicial y los derechos que por medio de él se defienden o se adquieren (artículos 835, 542 y 273 del Código Judicial). 'La cosa, la cantidad o el hecho demandado,'—expresión de que se vale la ley al determinar el alcance de la sentencia definitiva—no quiere decir que el demandante puede demandar arbitrariamente lo que quiera, sino que esa cosa, cantidad o hecho, deben implicar un derecho para que sustenten la acción. Por consiguiente, toda sentencia que se pronuncie en favor de una cosa, de una cantidad o de un hecho que no entrañen un derecho, viola la ley sustantiva, como aparece de manera evidente en el caso contemplado, en que la sentencia del honorable Tribunal condena al recurrente a una división de sus bienes tan sólo porque los demandantes creen haber adquirido, cuando eran menores, un bien que no les era posible adquirir y no adquirieron, según lo demostrado anteriormente. La sentencia del honorable Tribunal está diciendo que no fue nulo el contrato que para los demandantes aquí celebraron Feliciano García y la señora María Josefa Hernández de Jiménez, el 29 de junio de 1907, ni menos aún el que aparece en los términos de la escritura número 813, de 9 de agosto del mismo año (folio 1, cuaderno principal), y al decir eso el honorable Tribunal está violando la ley sustantiva que impone al Juez la obligación de de-

clarar la nulidad absoluta que aparezca de manifiesto en el contrato (artículos 15, Ley 95 de 1890; 479 del Código Judicial—ordinales 6° y 7°—y 51, Ley 105 de 1890)."

Como el recurrente ni siquiera señala los conceptos del Tribunal en que se desconoce el precepto que consagra el artículo 321 del Código Judicial, no hay lugar a examinar ese cargo. En lo referente al artículo 835 ibidem, basta comparar la parte petitoria de la demanda con la parte resolutive del fallo recurrido para notar lo infundado de ese cargo; y en cuanto a la violación de las otras disposiciones citadas en el pasaje de la demanda de casación que se acaba de transcribir, basta observar que el Tribunal consideró no probadas las excepciones propuestas, y así lo declaró en la parte resolutive de la sentencia. Como el recurrente no acusa la sentencia, en esta parte de su alegato que se examina, por error en esa apreciación, ni demuestra que en el proceso se encuentre comprobado algún hecho que constituya excepción perentoria distinta de las alegadas, el cargo es totalmente infundado.

Continúa arguyendo el recurrente: "y se dirá también que Feliciano García fue quien celebró ambos contratos cardinales en el presente litigio y quien alegó la nulidad de ellos. Lo cual se resuelve necesariamente en favor del recurrente por cuanto en el presente caso no es propiamente Feliciano García quien alega la nulidad sino Jaime, comprador del cuerpo cierto a que se refiere la demanda de división y quien está admitido judicialmente como parte en el litigio; y también porque en el caso de ser Feliciano García quien alegara la nulidad, el sentido de la disposición citada no es que el Juez deja de estar obligado a declarar la nulidad evidente en los autos por el solo hecho de que la alegue uno de los contratantes, sino que la debe declarar de todos modos y solamente porque aparece de manifiesto en el contrato contemplado; de otro modo equivaldría a establecer una especie de venganza civil, según la cual habría necesidad de desconocer un hecho evidente y de sanear un vicio insanable, por el solo motivo de comparecer en el litigio pertinente uno de los contratantes en el contrato que la ley declara nulo. Y el saneamiento o revalidación de estos contratos es la ratificación expresa o tácita, ninguna de las cuales consta dentro del juicio (artículos 1752 y siguientes del Código Civil). Estas mismas disposiciones están indicando que la nulidad no es objeto de ninguna venganza civil desde luego que no permite la ratificación sino mediante las formalidades propias del contrato nulo, lo que quiere decir que la nulidad absoluta no es un fenómeno indiferente para el criterio fallador ni de arbitraria transformación en el momento de un fallo definitivo, sino que es más bien una cuestión de moral jurídica que cierra el paso a toda eficacia civil en los actos o contratos que la implican. El pensamiento del legislador en esta parte en que prohíbe al contratante conocer de la nulidad su alegación judicial, es que el Juez al declararla no debe tomar en cuenta las razones de dicho contratante, sino que la debe declarar tan sólo sobre lo que aparezca de manifiesto en el contrato. El contratante conocedor de la nulidad debe sufrir la indiferencia, quiere decir, el menosprecio del Juez ante las razones que alegue, mas no porque alegue la nulidad, el Juez debe declarar válido el contrato que es nulo ante la ley.

"¿Y todo esto para qué considerarlo? Para atender los grandes caminos que hicieron el recorrido cardinal del criterio fallador; o alegó las excepciones negadas por el

honorable Tribunal Feliciano García, en su carácter de comunero, o el Juez las ha considerado como alegadas por Jaime García, adquirente del inmueble sobre que versa la demanda de división. Si lo primero, el Juez ha debido fallarla a favor del demandado, porque aparece la nulidad de manifiesto en el contrato que se presentó al juicio como base de la comunidad; si lo segundo, porque Jaime García, en su carácter de adquirente del inmueble controvertido, no es parte celebrante en el contrato viciado de nulidad, y por tanto la sentencia recurrida ha debido oír sus razones y fallar de acuerdo con ellas, tanto más cuanto que Jaime García fue admitido en el litigio como parte."

A todo esto se observa que el Tribunal no rechazó la excepción de nulidad por razones de inhabilidad del demandado Feliciano García para alegar tal nulidad, ni porque tampoco pudiera alegarla Jaime García, sino que las declaró no probadas después de haber apreciado las pruebas y los argumentos aducidos para demostrar la existencia de esa nulidad, consideración que por sí sola basta para rechazar este cargo; pero para corroborar el concepto sustentado por el recurrente en este paso de su alegato, no está por demás hacer valer la jurisprudencia ya sentada por la Corte, de que las excepciones a que se refiere el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, no pueden ser otras que las permitidas por la ley sustantiva; y que así la nulidad absoluta no puede ser alegada ni menos reconocida por el Juez de oficio cuando el excepcionante procedió a sabiendas en el acto o contrato nulo. (Casación de 30 de junio de 1893, Gaceta Judicial VIII, 341, 1°).

Continúa el recurrente acusando la sentencia por haber resuelto sobre puntos que no fueron objeto de la controversia, acusación que ya se consideró en el examen que se hizo de la causal segunda alegada; y, a continuación de eso, formula este otro cargo:

"En el folio 35 del cuaderno principal se notificó a uno de los pretendidos comuneros, Antonio García, en Barranquilla, la demanda de partición. En el folio siguiente este demandado confirió poder al demandante (señor Heriberto Gómez), para que lo representara en dicho juicio. El demandante fue rechazado por el Juez, pero substituyó el poder que no le había sido reconocido. Esta substitución la admitió el Tribunal sentenciador, lo cual implica una transgresión de la ley sustantiva, porque la substitución de un poder es acto de apoderado; es así que el señor Heriberto Gómez no fue apoderado de Antonio García en ningún instante del juicio, luego mal pudo substituir legal y eficazmente el poder a José J. Ossa, a quien el Tribunal reconoció personería como representante legal del sedicente comunero Antonio García, de Barranquilla. La ley sustantiva prohíbe todo vínculo civil que carezca de objeto o en que éste sea ilícito (artículos 1517 y 1518, Código Civil), o moralmente imposible. Hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes; y hay objeto moralmente imposible cuando las leyes lo prohíben, o es contrario a las buenas costumbres o al orden público."

Continúa disertando el recurrente sobre esta materia para llegar a la conclusión de "que la sentencia recurrida violó la más sustantiva de las leyes, o sea la Constitución Nacional, que en su artículo 26 ordena que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y observando la plenitud de las formas de cada jui-

cio; pero sin profundizar la cuestión hasta donde la lleva el recurrente, basta anotar que al fundar toda su argumentación en que Heriberto Gómez "mal pudo sustituir legal y eficazmente el poder" que le confirió Antonio García, porque hizo esa sustitución sin haber sido admitido como tal, se olvidó de que el artículo 340 del Código Judicial establece que "para sustituir un poder cuando para ello se ha conferido facultad expresa, no es necesario que el apoderado haya aceptado ni ejercido el poder," artículo del Código reformado por la Ley 53 de 1882 (artículo 334), en el sentido de que "el apoderado puede sustituir el poder, aunque en éste no se le haya conferido facultad especial para ello."

Esto basta para rechazar el cargo que se examina.

Formula otro cargo el recurrente con motivo de este pasaje que trae la sentencia como introducción a su parte motiva:

"Los títulos más antiguos, que son los elementos del derecho de parte de los comuneros actores, y los que se han atacado con decisión por medio de excepciones, tienen un desagradable aspecto de simulación. El opositor trata de justificarlos saltando por sobre todo principio de moral. En alguna providencia interlocutoria que el ponente dictó en otro juicio relacionado con esta vieja colisión, dejó escapar su crítica severa a la defensa del principio inhumano que ha pretendido mantener el apoderado de don Jaime García, justificando la operación de don Feliciano al sustraer de la persecución de los acreedores su patrimonio, mediante pactos simulados, bajo el pretexto de haber estado vigente a la sazón el libre remate al mejor postor.

"Los más amplios moralistas de todos los tiempos han marcado con el marbete de operación delictuosa todo acto que no tenga una causa real y lícita. Si don Feliciano García hubo de valerse de una treta para salvar el propio y presente patrimonio, que habría de ir a sus hijos litigantes en el futuro, obró ilegal, incorrecta e inhumano por más que el fin hubiese justificado la ficción."

Termina así esa introducción:

"Se ha pretendido confundir los papeles que en la tramoya hasta aquí narrada tuvo don Feliciano, y la Sala va a demostrar que en las dos hipótesis—con un solo papel o con dos repartos—los menores fueron terceros y a ellos no puede perjudicar las atestaciones del documento privado."

"Este exordio de la sentencia recurrida—objeta el recurrente—que al leerlo hace sentir el respeto del púlpito sagrado, demuestra a sus anchas que se trata de una resolución enfurecida por la comisión de un pecado mortal imputable a uno de los demandados. Pero incurrir ante la ley en serias contradicciones que vertidas al lenguaje procedimental se denominan causales de casación. Si para el criterio fallador los contratos celebrados por Feliciano García, primero con la señora María Josefa Hernández de Jiménez, y después por sus menores hijos, carecen de causa real y lícita, ¿cómo es posible que como Juez de derecho, venga a declarar a raíz de semejante afirmación de invalidez que los demandantes tienen derecho, que adquirieron su condición de comuneros y que en consecuencia debe decretarse la partición de ese inmueble que jugó su papel en la simulación reconocida?"

Continúa con una serie de interrogaciones, y concluye:

"Por manera que el honorable Tribunal de Medellín se ha salido del ambiente estrictamente jurídico en que lo sitúan las leyes, para presentarse como excursionista *ad libitum* en el campo de la moral donde sí es necesaria la amonestación y donde queda bien el consejo."

Conviene observar que, en este introito, el Tribunal apenas hace referencia a "alguna providencia interlocutoria que el ponente dictó en otro juicio relacionado con esta vieja colisión," y que allí mismo anticipa el Tribunal el concepto de que con relación al documento privado de 1° de julio de 1907, firmado por María Josefa Hernández de J. y por Feliciano García, del cual se pretende deducir la nulidad de las escrituras arriba mencionadas, "los menores (los actuales comuneros), fueron terceros y a ellos no pudo perjudicar las atestaciones del documento privado."

Por último, en párrafo siguiente de la demanda de casación se acusa la sentencia recurrida—sin citar la ley violada ni demostrar error de hecho ni de derecho—de que dice el Tribunal que Jaime García no puede alegar la nulidad absoluta de los contratos en referencia porque el solo traspaso de los derechos que en el inmueble tenía Feliciano García no lo habilita para alegarla.

Hace el recurrente algunas observaciones sobre esto y de ellas deduce que "así se desmaya la afirmación de que Jaime García sea comprador de personería solamente, y por tanto se torna improcedente el fundamento del fallo recurrido en cuanto niega a aquél el derecho de alegar las mencionadas nulidades."

A esto se observa que el Tribunal no ha calificado a Jaime García de "comprador de personería," y que el fallo no se funda en que dicho Jaime carezca de personería para alegar la nulidad que pretende hacer valer el recurrente, sino en que no está probada la referida nulidad, toda vez que el precitado documento privado aducido para demostrarla, no produce efectos contra terceros (artículo 1766 del Código Civil).

De acuerdo con las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara:

No hay lugar a casar la sentencia recurrida, y condena al recurrente a las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, octubre treinta de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con fecha diez y nueve del presente año confirmó la sentencia del Juez 2° Superior de ese Distrito, por medio de la cual se condenó a Israel Torres como responsable

de homicidio voluntario en la persona de Agustín Ortega, y además como reincidente, a la pena principal de diez años, seis meses de presidio, calificada la responsabilidad en el tercer grado.

Contra el fallo del Tribunal interpuso casación el condenado, alegando como causal de casación la primera de las consignadas en el artículo 3º de la Ley 78 de 1923. La sentencia recurrida, se dice, "es violatoria de la ley penal, no sólo por mala interpretación, sino por haberse aplicado disposiciones legales distintas a las que corresponden al presente caso."

El memorial de casación reúne los requisitos legales, y, por tanto, se procede a estudiar el recurso en el fondo.

Con fundamento en la causal invocada se alegan dos motivos de casación. El primer motivo lo expone así el recurrente:

"Sin embargo, la justicia olvida de tener en cuenta un detalle importantísimo, que modifica la gravedad del homicidio simplemente voluntario de que se me hace responsable, y en cuya condición mi situación es menos dura. Me refiero al hecho de que el homicidio tuvo lugar en una riña puramente casual. Que hubo riña, es cosa evidente, de acuerdo con las declaraciones de Patrocinio Derazo y Abraham Villota. En efecto: Derazo, a folio 7, nos hace ver cómo temiendo un encuentro entre el suscrito y Agustín Ortega, se retiró del lugar del suceso, y como a corta distancia de ahí sintió los golpes que los cuatro (refiriéndose también a Misael Villota y Segundo Parreño), se daban mutuamente. Abraham Villota, por su parte, dice a folio 24 vuelto: que observó que dichos cuatro individuos iban a pelear, por lo cual se marchó de ese sitio, donde se encontraba, a casa de su madre de él a dar parte de ello. Que tal riña fue casual es cosa igualmente demostrada con sólo tener en presente la ausencia de prueba de un golpe premeditado, y el arrebató de cólera, fruto de una pasión, de que nos hablan como cosa cierta, los mismos juzgadores. De ser esto así, el artículo violado no es el 587 ni el 600, erróneamente aplicados, sino el artículo 603 del Código Penal, en su primer inciso, el cual a la letra dice:

'Si el homicidio tuviere lugar en una riña no provocada ni aceptada por el agresor, en la cual éste se vio envuelto de una manera puramente casual, la pena será de uno a cuatro años de reclusión.'

"Invoco, en consecuencia, por ser del caso, y más benigna la aplicación de esta pena en relación con el grado en que se halla correctamente calificada la delincuencia del suscrito procesado. Por lo mismo tacho, de indebidamente aplicadas, las disposiciones en que las sentencias aludidas fundan la condena, por lo que hace al cargo deducido."

Para resolver, se considera:

La sentencia por mandato legal se dicta de acuerdo con el veredicto, y éste, en el presente caso, declaró la responsabilidad de Israel Torres en un homicidio simplemente voluntario, sin agregación ni modificación alguna. De suerte que al caso correspondía la penalidad que determina el artículo 600 del Código Penal. Para que los Jueces de instancia hubieran podido aplicar la penalidad atenuada que señala la especial disposición consignada en el artículo 603, o sea el de la riña casual, era indispensable que el Jurado hubiera determinado en su contestación en alguna forma, los elementos de hecho que ese artículo consagra, y que el Juez de derecho no tiene facultad para reconocer,

Lo anterior sería suficiente para que no pudiera prosperar la casación por este aspecto. Sin embargo, con el objeto de poner aún más de manifiesto el ningún fundamento de la demanda de casación por este aspecto, es conveniente agregar que en el expediente no existe la menor constancia acerca del elemento riña a que se refiere el recurrente.

Sobre el particular es conveniente transcribir el concepto del Procurador, que es muy acertado:

"El fundamento del primer concepto he de rechazarlo de manera rotunda, habida consideración de que en ninguna parte del proceso aparece la prueba de que el homicidio haya tenido lugar realmente en una riña, en la cual Torres se haya visto envuelto de una manera puramente casual. Es más: ni siquiera puede aceptarse que el homicidio haya ocurrido en riña.

"Torres y Misael Villota se hallaban el día y a la hora de los sucesos en el paraje Agua de Conejo, del Municipio de Samaniego, cuando se presentaron Agustín Ortega y Segundo Parreño, enemigos de los primeros, y al preguntarles Ortega cómo estaban, recibió de manos de Torres un golpe con el hierro de una pala, golpe éste, que al decir de los peritos reconocedores y de los médicos legistas, fué el que le causó la muerte. Parreño recibió de manos de Villota otro golpe, que lo derribó, dejándolo sin conocimiento. Esta es, en síntesis, la historia de los hechos narrada por Segundo Parreño, y no contradicha, y antes bien, aceptada por el reo.

"Y éste, para deducir que hubo una riña en la cual se vio envuelto de una manera puramente casual, se apoya en las declaraciones de dos niños, de los cuales, el primero de quince años de edad, dice que al encontrarse los cuatro hombres mencionados tuvo miedo de que pelearan, por cuanto eran enemigos, y se retiró por una puerta del camino, habiendo oído luego los golpes que se daban. El otro, de menor edad, hijo del sindicado Villota, manifiesta que en el momento del encuentro, él vio que iban a pelear, y se fue a avisarle a su madre.

"Como se ve, bien pobre es el fundamento de donde hace derivar Torres la prueba de la riña. Porque, de que el primero de los declarantes haya temido que Villota y Torres de un lado, y Ortega y Parreño del otro, riñeran por razón de que eran enemigos, y luego haya oído golpes, no se sigue necesariamente que haya ocurrido riña, y menos que en ella se haya visto Torres envuelto de una manera puramente casual. Ni puede aceptarse forzosamente que la haya habido, porque el niño Villota viera que iban a pelear. Los golpes oídos bien pudieron ser los que Misael Villota e Israel Torres les dieron a Ortega y Parreño.

"En todo caso, la única prueba plausible es la de que Torres dio muerte a Ortega sin que mediara riña siquiera, y así lo aceptó el Jurado para dar su veredicto, afirmando la responsabilidad por homicidio simplemente voluntario, veredicto en el cual se basó la sentencia, por no ser contrario a la evidencia de los hechos. Y en orden a este fundamento, fue aplicado el artículo 587, en su regla 6ª, y en relación con el 600. Por consiguiente no hubo, en mi concepto, aplicación de una disposición distinta de la que correspondía aplicar."

El segundo motivo de casación lo deduce el recurrente del hecho de habersele condenado como reincidente, según el siguiente pasaje de apreciación que se hace en la sentencia de primera instancia, confirmada luego por el Tribunal:

"Como aparece que Israel Torres fue condenado por el señor Juez 1º del Circuito de Túquerres, el diez de junio de mil novecientos veinticuatro, a la pena de tres años de presidio, y fue puesto en libertad el veintiuno de septiembre de mil novecientos veintiséis, por haberse rebajado la tercera parte de la pena, es decir, un año, tiene que sufrir el aumento correspondiente a la reincidencia, pero no se le hará cumplir la parte que se le rebajó, porque volvió a delinquir fuera del doble del tiempo condenado, y, por lo mismo, no tiene aquí aplicación el artículo 1º de la Ley 81 de 1922."

En virtud de esta reincidencia, a la pena de seis años de presidio que le correspondía por el homicidio, se le impuso en la sentencia de instancia el aumento de cuatro años seis meses de presidio.

Se alega contra lo anterior, que en el expediente no existe la prueba necesaria para apreciar la reincidencia, puesto que solamente existe en él copia de la resolución proferida por la autoridad administrativa, por medio de la cual se le hizo rebaja de una tercera parte de la pena de tres años de presidio que por un delito de heridas le impuso el Juzgado 1º del Circuito de Túquerres, en sentencia de fecha diez de junio de mil novecientos veinticuatro, y un certificado expedido por el Director de la Penitenciaría de Pasto, en el cual consta que Israel Torres cumplió allí la pena de presidio, en virtud de la mencionada sentencia, emanada del Juzgado 1º del Circuito de Túquerres, y agrega:

"No hay prueba hábil alguna de tal reincidencia; pues las copias de folio 108 vuelto y 109, tratan de una rebaja de pena, pero no de una condena, cuya existencia no puede acreditarse mientras no se alleguen, si es que existen, las copias pertinentes de las sentencias de primera y segunda instancia, por obra de las cuales se sancionó tal cargo anterior.

"Y esto es muy puesto en razón. De otra suerte, cómo sabemos cuál sea la ley violada; y si esto no es posible descubrir con el solo auxilio de las copias que aquí corren en autos, cómo sostener si el caso anterior está comprendido o no en alguno o algunos de los artículos que excluyen la reincidencia, según el inciso 2º y último del artículo 140 citado, que a la letra dice:

'A pesar de la definición contenida en el inciso anterior, no se tiene en cuenta para calificar de reincidente a un reo, los delitos definidos en los artículos 601 a 604, 606 a 608, 613, 617, 626, 660, 661 y 663 a 665, ni los cometidos antes de la vigencia de la Ley 57 de 1887....'

"Sin mayor esfuerzo vese, pues, cómo no es posible considerarme como reincidente por falta de prueba al canto, y cómo entonces tal condena carece de fundamento, y proviene de la aplicación errónea de una ley, como el expresado artículo 140, incorrectamente aplicado."

Dada la gravedad que entraña la apreciación de que un determinado delincuente sea reincidente, no puede servir cualquier dato o prueba para llegar a esa conclusión, sino que es necesario la prueba especial, que no deje la menor duda sobre el particular, y ella no puede ser otra sino la sentencia misma ejecutoriada, a que se refiere el Código Penal en los artículos 140 y 141.

Admitir, como se ha hecho en el presente caso, una simple constancia emanada de la autoridad administrativa, que no contiene el fallo anterior que se hubiera podido pronunciar contra Torres, expresando o conteniendo los términos precisos en que tal condenación se

hubiera hecho, equivale a facilitar la comisión de un error, y a proceder sin el suficiente fundamento.

En este mismo orden de ideas anota acertadamente el señor Procurador lo siguiente:

"Por otra parte, la sentencia es la única que puede informar completamente que una persona ha sido condenada a determinada pena y por determinado hecho, y la única que puede hacer fe en juicio para dar la certeza necesaria para poder condenar, porque en ella misma es en donde consta el hecho de la condenación, que es base de la reincidencia. Más todavía, es necesario absolutamente que se establezca la identidad de la persona que fue condenada en la sentencia con la que se sindicó como autora del nuevo hecho."

-De suerte que las tachas que en este capítulo de la demanda se presentan, son fundadas y deben prosperar.

En virtud de lo expuesto, esta Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, o sea en cuanto ella impuso aumento de pena por reincidencia, y en su lugar falla:

Condénase a Israel Torres como responsable de homicidio simplemente voluntario, cometido en la persona de Agustín Ortega, a la pena de seis años de presidio, que cumplirá en la penitenciaría que designe el Gobierno. En cuanto a las condenaciones accesorias queda en firme la sentencia del Tribunal.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo.
Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, noviembre once de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Con fecha once de agosto del presente año el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán dictó auto de proceder por trámites extraordinarios, contra el señor J. Rafael Velasco R., Juez del Circuito de Santander, por el delito de envenenamiento, que define y castiga el Capítulo 2º, Título 1º, Libro 3º, del Código Penal, y sobreseyó definitivamente con base en la prescripción, a favor del mismo, por el delito de abuso de autoridad. El acusado apeló de este fallo, y la Corte procede a resolver el recurso así:

La historia de este asunto la concreta el Tribunal en los siguientes términos:

"El diez de octubre de mil novecientos veintiocho fue asesinado en su propia casa, en la ciudad de Santander, el laborioso capitalista y padre de familia, señor Isaac Otero, y como el crimen conmovió hondamente a la sociedad de Santander, porque los asesinos no dejaron huellas, señales o indicios del autor o autores del hecho, las autoridades del lugar, encabezadas por el Juez del Circuito, señor don J. Rafael Velasco R., se dieron a la tarea de practicar prolijamente toda clase de diligencias para investigar el delito y descubrir y asegurar a los delincuentes. Con tal propósito se obtuvo la traída inmedia-

ta a Santander de los detectives nacionales señores Alberto Paz Córdoba y Luis A. Rojas, quienes, de acuerdo con el Juez del Circuito, señor J. Rafael Velasco R.; el Alcalde de la ciudad, señor Otoniel Holguín R.; el Comisario de la Policía Departamental, señor Jesús Molina; el Director de la Cárcel, señor Jesús María Vidal H.; el Secretario del Juez del Circuito, señor Jorge J. Sandoval, y el facultativo doctor Luis Carlos Saa Iragorri, resolvieron interrogar secretamente al preso Abelardo Caso, para obtener de éste algún dato relativo a los posibles autores del crimen, por haber estado Caso en esos días en comunicación directa y constante con dos o tres personas que estaban detenidas como posibles autores o cómplices de dicho crimen. Pero tal interrogación no se verificó en la forma ordinaria, sino empleando un método absolutamente desconocido por la moral y por la ley, como se colige de la declaración del Comisario Jesús Molina, quien relata el hecho así (folio 69):

"Es verdad que durante la investigación que el señor J. Rafael Velasco R., como Juez de este Circuito, levantó para averiguar el responsable del asesinato causado en la persona de Isaac Otero, varias noches trabajó en mi oficina, y se asoció de los detectives Luis Rojas y Alberto Paz Córdoba, con el objeto de informarse de los hechos que habían ocurrido. A presencia de éstos, en mi oficina una noche el mismo Juez Velasco R. me hizo la insinuación de que los acompañara a una diligencia que iban a practicar en casa de Florentino Holguín N., y que llevara un termo de café porque se iban a demorar en esa excursión. Así lo hicimos; fuimos a esa casa, y allí se practicó un ensayo con un preso que había llevado al efecto, como ya lo declaré en otra exposición que rendí en el mismo asunto. Fue cierto que en una ocasión, hallándonos en una cantina con Fabio Trujillo tomándonos unos tragos, con el objeto de saber qué podía contestarme éste, le dije en forma de careo, que cuando se fueran los detectives yo cogería una pista con relación a ese asunto del asesinato; pero luego que me llamaron a declarar al Juzgado, di la explicación al respecto. Es cierto que en vista de los antecedentes que tenía de la viuda de Isaac Otero, yo le insinué al Juez Velasco R. que debía detenerla, porque creí conveniente para descubrir el hecho. Nunca he tenido enemistad alguna con el nombrado Juez Velasco R., y lo que he expuesto ya, basado en la verdad, como hombre honrado que me considero y sin pasiones de ninguna clase, razón por la cual cualquier cosa que haya dicho Velasco R., protesto de ella."

La exposición que queda transcrita está complementada por la del doctor Carlos Saa Iragorri, en la forma siguiente (folio 79):

"Hace poco más o menos un año se presentó en mi consultorio en Santander (Cauca), el señor Alberto Paz, quien fue enviado como detective para investigar los sucesos relacionados con el asesinato cometido en la persona del que en vida respondió al nombre de Isaac Otero. Fue con el objeto de que le recetara un vomitivo, pero al interrogarlo sobre la edad que tenía la persona a quien debía propinársele, me dijo lo siguiente: que esa misma noche, en asocio de otras autoridades iban a darle a un individuo unas semillas conocidas con el nombre de *tonga*, las que dizque tenían la propiedad de producir una especie de nacolepsia, y que en este estado cualquier individuo podía ser interrogado y responder exactamente sobre acontecimientos que hubieran ocurrido en épocas no lejanas. Sencillamente le contesté que no

conocía esa planta, ni que había leído en parte alguna que hubiera sustancia que gozara de semejantes propiedades. Al mismo tiempo me instó para que, en asocio de otras autoridades, presenciara cuanto iban a poner en práctica, y prestara mis servicios como médico en caso de que sucediera algún accidente. Francamente declaro, que tal vez por curiosidad científica, por inexperiencia y hasta por filantropía, y también por tratarse de individuos revestidos de autoridad, asistí a una casa situada en los alrededores de Santander, y presencié lo siguiente: se le propinaron a un indígena (no recuerdo quién se las propinó), unas semillas machacadas y mezcladas con café negro. Algún rato después el individuo entró en somnolencia, y fue interrogado por algunos de los allí presentes (señor Paz, señor Velasco R., señor Otoniel Holguín, señor Molina, etc.). El individuo respondía a algunas de las interrogaciones, pero en su propio dialecto, cosa que me causó hilaridad. Una vez que nada lograron conseguir, le dieron el vomitivo, y el indio fue conducido a la cárcel. Al día siguiente fui llamado a la Cárcel a prestar mis servicios, lo que hice con sumo gusto. Encontré al individuo de la noche anterior con cefalea, vómito algo disneico, pulso acelerado, lengua seca, pupilas dilatadas, y no recuerdo con qué temperatura. Le apliqué inyecciones estimulantes, le receté no recuerdo qué, y le hice aplicar unos lavados intestinales. Sé que el individuo mejoró y salió de la Cárcel. Días después fui llamado a la Prefectura de Santander, para que, como médico, dijera lo que había observado en el indígena a que he aludido. Pido se me excuse si no fui suficientemente explícito en dicha declaración, y si alguna diferencia existe comparada con la presente, pues es probable que en el término de un año se hayan borrado de mi memoria algunos detalles."

En cuanto al cuerpo del delito por que ha sido llamado a juicio por el Tribunal, fuera de lo que se ha expuesto y transcrito, existe en su comprobación el siguiente dictamen que rindieron los señores médicos legistas de Popayán:

"El señor Fiscal exige que contestemos si conocemos las semillas llamadas *tonga*, qué efectos producen en el organismo humano, y si se conoce en medicina alguna sustancia que produzca los resultados que se propusieron obtener en la persona de Abelardo Caso; respondemos: generalmente se le da el nombre de *tonga* al uso de las plantas de la familia de las solanáceas (cocimiento, extracto de cualquier parte de la planta). Entre éstas, tenemos el estramonio, planta que se da en Europa como en la América intertropical, de un metro a metro y medio de altura y de tallo hueco; hojas ovales y sinuosas, desiguales en sus bordes; sus flores son blancas e infundibuliformes; el olor de la planta es nauseabundo, y más si se restregan las hojas; sabor acre y amargo cuando está verde, casi inolora e insípida cuando está seca. El fruto es una cápsula ovoide, erizada de puntas espinosas; encierra gran número de semillas, de color parduzco, y en medicina se hace uso de toda la planta. Efectos de la planta o semillas: el estramonio ejerce su acción sobre el sistema nervioso. En alta dosis es venenoso, y a pequeñas dosis es narcótico. Se emplea, pero con suma prudencia, en el asma, reumatismo, epilepsia y neuralgias. Si la sustancia se da a fuertes dosis, produce inmenso decaimiento, se enfria el cuerpo todo, y por último, viene la muerte. A dosis mayores que las médicas, no extremas, produce vértigos, somnolencia, turbación de la vista, dilatación de las pupilas, ardor de garganta, agitación, vómitos y delirio.

La ceguera producida por el estramonio, a dosis venenosa, dura a veces muchos días. Parece hay una leyenda desde tiempo inmemorial entre la raza indígena, y cuya tradición se conserva con hechos, sin resultado alguno, de que estas plantas, que tienen la virtud de conseguir en aquellos a quienes se les aplique, denuncien hechos misteriosos desconocidos para ellos, con el objeto de esclarecer delitos ocultos. En nuestra práctica profesional lo hemos observado, y no pocas veces nos ha tocado recetar individuos que han perdido la razón por mucho tiempo. Agregamos que en medicina no se conoce sustancia alguna que produzca los efectos que trataron de conseguir en la persona de Caso. La sintomatología que se presentó en Abelardo Caso, con motivo de las bebidas que se le obligó a tomar, pues él no las pidió, tiene bastante analogía con la que produce el estramonio, a dosis no excesivas. Esto es todo cuanto podemos afirmar, en vista de los datos que nos suministra el sumario."

Además, los señores médicos legistas de la Oficina Central de Bogotá rindieron el siguiente concepto:

"En la declaración del doctor Luis Carlos Saa I., y que figura en el folio 5 vuelto del informativo, dice lo siguiente:

"Dicho individuo presentaba los siguientes signos y síntomas: lengua sucia, vómitos frecuentes, dolor epigástrico, respiración en número de veinticuatro por minuto, temperatura ligeramente elevada (37,5), pulso frecuente y depresivo (94 pulsaciones por minuto), sensación de angustia, cefalea, somnolencia, difícilmente respondía a las preguntas que se le dirigían. Como antecedente, sólo encuentro haber tomado la víspera un purgante para los gusanos. Creí que se trataba de una intoxicación por el remedio que había tomado la víspera, y al efecto formulé un régimen y una medicación desintoxicante, al mismo tiempo que apliqué inyecciones de aceite alcanforado y cafeína como estimulante cardíaco. Durante dos días presentó el individuo los anteriores signos y síntomas, y al tercero día se encontraba algo restablecido; el quinto día había cesado la incapacidad."

"Al folio 79 del informativo aparece otra declaración del mismo médico, doctor Luis Carlos Saa Irigorri, en la cual se expresa así:

"Se le propinaron a un indígena (no recuerdo quién se la propinó), unas semillas machacadas y mezcladas con café negro. Algún rato después, el individuo entró en somnolencia, y fue interrogado por algunos de los allí presentes. El individuo respondía a algunas de las interrogaciones, pero en su propio dialecto, cosa que me causó hilaridad; una vez que nada lograron conseguir, le dieron el vomitivo, y el indio fue conducido a la Cárcel. Al día siguiente fui llamado a la Cárcel a prestar mis servicios, lo que hice con sumo gusto. Encontré al individuo de la noche anterior con cefalea, vómito algo disneico, pulso acelerado, lengua seca, pupilas dilatadas, y no recuerdo qué temperatura. Le apliqué inyecciones estimulantes, le receté no recuerdo qué, y le hice aplicar unos lavados intestinales. Sé que el individuo mejoró y salió de la Cárcel."

"Por estas declaraciones del médico que estuvo recetando al preso Abelardo Caso, se concluye que dicho individuo presentó los signos de una intoxicación producida por la ingestión de un vegetal de la familia de las solanáceas, y pareciéndose su sintomatología como fue dolor epigástrico, vómitos frecuentes, cefalea, somnolen-

cia, sequedad en la garganta y las mucosas, dilatación pupilar, disnea, aceleración, comprensión del pulso, temperatura, etc., a los fenómenos que produce la *Datura Stramonium*, o sea el estramonio, que contiene los dos alcaloides conocidos: la atropina y la hiosciamina. Los síntomas tóxicos aparecieron muy poco tiempo después de la ingestión de dicha sustancia, y no tiene ninguna relación con las manifestaciones que se producen en la intoxicación por dosis altas de aceite de quenopodio.

"En nuestro concepto, Caso debió estar enfermo por ocho (8) días a consecuencia de la intoxicación sufrida, tiempo suficiente para que se hubieran eliminado los alcaloides atropina y hiosciamina, que no debieron tomarse en alta dosis para producir la muerte, pero sí en dosis tóxicas, para determinar fenómenos graves de intoxicación."

En auto de fecha noviembre diez y ocho del año próximo pasado, la Corte, al revocar el auto de sobreseimiento que en un principio había dictado el Tribunal, y al pronunciar en su reemplazo enjuiciamiento, dijo:

"En efecto: no puede afirmarse que el mencionado Juez hubiera aplicado o hecho aplicar intencionalmente a Caso, y con el ánimo de causarle la muerte, grave enfermedad o ponerlo en estado de demencia, alguna bebida venenosa o nociva, que es la única situación que por este aspecto contempla el Tribunal; pero no se puede negar que el Juez Velasco le hizo aplicar o ayudó a aplicarle al preso Abelardo Caso una poción nociva para su salud, con intención de causarle desafecto en relación con una tercera persona contra quien se proponían que declarara, lo cual se halla definido y sancionado como delito en el artículo 632 del Código Penal.

"La Corte estima necesario declarar, además, que el hecho de que se trata en este sumario constituye un acto reprochable, desde todo punto de vista, que tiende a revivir muy antiguos procedimientos que condenan la civilización, la justicia y la moral."

El señor Velasco alega que la exposición de los médicos legistas de Bogotá no se puede tener en cuenta, porque la fundaron en el dictamen del doctor Saa Irigorri, quien depuso como testigo y no como perito: porque tales médicos anotaron que podía tratarse de estramonio, sin afirmar que con seguridad lo fuera; y porque el doctor Saa Irigorri le fijó al detenido Caso una incapacidad de cinco días, y sin embargo, aquéllos, a pesar de tomar como base ese dictamen, le señalaron ocho.

La circunstancia de que el doctor Saa Irigorri hubiera depuesto como testigo, no le quita a su exposición, en cuanto en ella se hacen apreciaciones de carácter técnico, ninguna fuerza, muy al contrario, tiene especial valor, dada la intervención que, como médico, tuvo en los actos cuya ejecución dio lugar a la formación de este proceso, y por haber sido quien examinó y trató a Caso posteriormente y con motivo de la enfermedad que le sobrevino. De manera que su dicho tiene no sólo la fuerza notoria que por razón de sus conocimientos como médico estaba en capacidad de conceptuar, desde un punto de vista científico, sino de quien, además, había presenciado y observado por percepción directa y personal los acontecimientos.

Las exposiciones del doctor Saa Irigorri, en esas condiciones, constituían una base muy clara y segura para el concepto que posteriormente rindieron los médicos de Bogotá, los cuales, por otra parte, no entran en simples suposiciones, probabilidades o conjeturas, sino que

concluyen afirmando que "Caso debió estar enfermo por ocho días a consecuencia de la intoxicación sufrida; tiempo suficiente para que se hubieran eliminado los alcaloides atropina y hiosciamina, que no debieron tomarse en alta dosis para producir la muerte, pero si en dosis tónicas para determinar fenómenos graves de intoxicación."

En cuanto a que estos mismos peritos hubieran señalado ocho días como duración de la incapacidad, y no cinco que fijó el doctor Saa Irigorri, lo explica con acierto el Procurador, así:

"En cuanto a lo segundo, es decir, lo relativo al tiempo de la incapacidad, aparece claro y cierto que el ofendido estuvo incapacitado por el envenenamiento que le produjo ese breva. Si la hubo, lo mismo da que haya durado cinco días o que haya durado ocho, para el efecto de la sanción que corresponde, pues de conformidad con el artículo 649 del Código Penal, que sería el aplicable en relación con el 632 del mismo, la pena es una para los casos de heridas que produzcan incapacidad mayor de dos días y no excedente de ocho. Los cinco de que habló el doctor Saa Irigorri, están dentro de los ocho a que se refieren los médicos legistas de la Oficina de esta ciudad, y en todo caso aparece muy claro que Caso estuvo enfermo por más de dos días."

Por lo que hace a la responsabilidad, el sindicato aduce en su favor, entre otras cosas, el siguiente aparte del concepto emitido por el Fiscal del Tribunal:

"El artículo 632 del Código Penal dice:

"El que sin intención de matar ni hacer daño a una persona, y sólo para inspirarle alguna afección o desafecto, le aplique o haga tomar droga o confección que pueda ser nociva a la salud, será castigado, según el daño, como si causare heridas o golpes."

"Ahora bien: basta leer con atención este artículo y relacionarlo con la intención que abrigaron el Juez Velasco R. y sus colaboradores en la instrucción del sumario mencionado, al someter al indígena Caso a tan inusitado procedimiento, que no fue otra que la de descubrir la verdad, interrogándolo ya como testigo, ya como sindicado, para sostener que tal hecho no está claramente incluido en la disposición penal citada; de lo contrario, sería imposible sostener que siempre que un funcionario de instrucción interroga a un testigo o a un sindicado, trata de inspirarle desafecto hacia los presuntos responsables o hacia él mismo, lo que pugnaría con todos los tutelares principios que hoy rigen la investigación en material criminal."

No se trata, como lo sostiene el Agente del Ministerio Público, de un simple interrogatorio hecho hábil y lícitamente dentro de los términos que permite la ley, pues si así fuera, no hay duda que tendría razón; se trata de un medio reprochable desde todo punto de vista, que se empleó con el preso Caso como medio sui generis de investigación, que el señor Fiscal no podía aceptar por mil motivos; fue tan censurable el procedimiento, que el mismo sindicado, señor Velasco R., en alegato de fecha enero veintiséis del presente año, folio 20 del cuaderno 2º, estampó lo siguiente:

"No estimo que mi asistencia a ese acto que repruebo con todas las veras de mi alma, como un simple particular, aunque se estime lo inseparable del carácter de Juez, me sea imputable; pues creo que un error en la aplicación de una disposición legal, no siempre entraña ni

puede entrañar responsabilidad, menos aún cuando no se trataba de ello; en la nuestra y en la jurisprudencia universal, el Juez, especialmente en asuntos penales, tiene cierta autorización discrecional."

No se averigua en este caso una determinada interpretación legal, sino la comisión de un hecho que aparece definido por el Código Penal como delito.

Agrega el sindicato algunas otras consideraciones para demostrar que no fue él quien le suministró la bebida al preso Caso; que su asistencia a ese acto lo hizo movido por la muy sana intención de descubrir al autor del homicidio cometido en la persona del ciudadano Isaac Otero, y lo que se llevó a cabo por exigencias de terceros, habiéndose podido escoger para el ensayo, que fue absolutamente ocasional, a cualquiera otro preso o persona distinta de los detenidos.

El fin más o menos noble con que se ejecutó una acción delictuosa, podrá servir, llegado el caso y en su debida oportunidad, para calificar el grado de la responsabilidad y buscar la más acertada individualización de la pena; mas la bondad de esa intención o móvil alegada por el sindicato, no es suficiente para quitarle al hecho el carácter de delictuoso, pues si así fuera, la mayor parte de las acciones criminosas serían excusables y quedarían sin sanción.

Materialmente no fue el Juez Velasco quien dio a Caso la poción nociva, y aun cuando no partiera de él semejante idea, no por eso desaparece su responsabilidad; en su carácter de Juez de Circuito, por estar conociendo de la investigación seguida en averiguación de los responsables del homicidio en la persona del señor Isaac Otero, y por estar Caso detenido por su cuenta, le correspondió una participación directa y principal, no como simple particular sino en su carácter oficial, en los hechos de que dan cuenta los distintos testigos, cuyas declaraciones, cualesquiera que sean los antecedentes de algunos de ellos, concuerdan todas y se confirman entre sí; según ellas, el Juez Velasco tuvo conocimiento de lo que se trataba, prestó su asentimiento, tomó parte en los preliminares y concurrió al singular experimento, a sabiendas de lo que se iba a hacer, y fue de los que, habiéndose dado cuenta de que ya se le había suministrado al preso Caso el breva, lo interrogó sin resultado alguno, como era natural.

Caso no era un particular que voluntariamente concurriera al acto, que el Juez Velasco califica de reprochable a sabiendas de lo que se iba a hacer con él; era un preso privado de toda libertad y de todo medio para oponerse o resistir, a quien en tales condiciones se le obligó a ingerir la dosis tóxica, lo que establece, por otra parte, el abuso de autoridad de que ahora se va a tratar.

Por lo que hace a este último delito, el Tribunal, en el auto que es materia de la apelación, sobreesayó con base en la prescripción, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal, en relación con el 4º de la Ley 5ª del presente año, conclusión que fue sostenida también por el Fiscal del Tribunal.

La Corte no comparte las anteriores conclusiones, porque el mencionado artículo 4º de la Ley 5ª del presente año, sólo concede un beneficio extraordinario de la rebaja de la tercera parte del tiempo necesario de prescripción para los delitos comunes, y el abuso de autoridad, sobre todo en el presente caso, no pertenece a esa categoría, pues corresponde a los que cometen los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o con relación de ellas, de que tratan los Títulos 9º y 10 del Libro 2º del Código Penal, los cuales dan lugar a juicios

de responsabilidad, que el Código Judicial define en su artículo 1819, muy distintos, por lo tanto, de los delitos comunes.

Seguramente el legislador, al no extender la rebaja del tiempo de prescripción a esta clase de infracciones que dan lugar a juicios de responsabilidad, tuvo en cuenta de un lado las sanciones relativamente de poca gravedad que a ellas impone el Código Penal, y de otro, que la mayor parte de ellas tienen un término corto para su prescripción, el de cuatro años, que fijan los artículos 95 y 97 del citado Código.

Mas como el Fiscal no apeló, la Corte carece de jurisdicción para revisar el sobreseimiento proferido por el, abuso de autoridad que se viene examinando.

En virtud de lo expuesto, esta Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo.
Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, noviembre trece de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado convocado y reunido en legal forma para decidir acerca de la responsabilidad de Graciano Camilo, procesado por el delito de homicidio en la persona de Gregorio Ruiz, le fue propuesto por el Juez de la causa, 2° Superior del Distrito Judicial de Popayán, el siguiente cuestionario:

"1° ¿El encausado Graciano Camilo es responsable de haber dado muerte voluntariamente y sin premeditación a Gregorio Ruiz, por medio de una herida causada con instrumento cortante y punzante (cuchillo), con el cual le perforó el corazón unos tres centímetros, rasgándole, además, la arteria pulmonar y produciéndole una hemorragia tan violenta, que ocasionó a Ruiz la muerte instantáneamente, hecho que tuvo lugar el domingo veinticinco de mayo de mil novecientos treinta, como a eso de las cuatro de la tarde, en la población de Quilcacé, Distrito de El Tambo, Circuito de Popayán, Distrito Judicial del mismo nombre?"

"2° ¿El encausado Graciano Camilo es responsable de haber herido, con instrumento cortante y punzante (cuchillo), a Florencio Caicedo, en la mano izquierda, en la región del carpo, produciéndole una incapacidad de quince días para trabajar como antes, y dejándole una lesión en los dedos cordial y anular, por haberle interesado con la herida los tendones de esos miembros, hecho que tuvo lugar el día domingo, veinticinco de mayo de mil novecientos treinta, como a eso de las cuatro de la tarde, en la población de Quilcacé, Distrito de El Tambo, Circuito de Popayán, Distrito Judicial del mismo nombre?"

A cada una de las anteriores cuestiones, el Jurado contestó:

"Sí, por unanimidad."

Sobre este veredicto, el señor Juez del conocimiento pronunció sentencia con fecha diez y ocho de marzo del corriente año, condenando al encausado como responsable en el menor grado, del delito de homicidio voluntario en la persona de Gregorio Ruiz, a la pena principal de seis años de presidio (artículo 600 del Código Penal), y a las correspondientes incorporales accesorias, y absolviéndolo, al propio tiempo, por el delito de heridas en la persona de Florencio Caicedo, porque en cuanto a este delito, dice el sentenciador de primera instancia, "la disposición aplicable sería la del artículo 648 del mismo Código Penal, una vez que la incapacidad del ofendido pasó de ocho días sin exceder de treinta. Pero observa el Juzgado que ni en el auto de proceder, confirmado por el honorable Tribunal, ni en el cuestionario propuesto sobre las heridas, se habló de la voluntariedad y premeditación por parte de Camilo para ofender a Caicedo, y en tales circunstancias no se ve cómo aplicar el artículo 648 para un caso de simples heridas, en las cuales no se ha atribuido expresamente voluntad y premeditación, y si ese artículo no es el aplicable, es forzoso concluir que el hecho delictuoso de Camilo no aparece sancionado en parte alguna del Capítulo 6°, Título 1°, Libro 3°, del Código Penal, porque sería una injusticia sancionar un delito con disposiciones legales que no lo contemplan aisladamente, sino rodeado de modalidades que lo hacen cambiar en su esencia, como son la premeditación y la voluntariedad."

La sentencia del Juzgado fue apelada para ante el respectivo superior, y éste, en fallo de doce de junio del año en curso, la reformó, previas las consideraciones que estimó pertinentes, en el sentido de condenar también a Graciano Camilo por las heridas, a la pena—convertida en presidio—de que trata el inciso 3° del artículo 645 del Código de la materia. En lo restante la confirmó.

Contra el fallo del Tribunal interpuso, en tiempo, el defensor del sentenciado, recurso de casación, el cual le fue concedido, y remitidos en consecuencia los autos a este Despacho para efectos de resolverlo, lo que se procede en seguida, surtida como se halla la tramitación que le es propia, y observándose que se tendrá en cuenta para ello el memorial en que se interpone el recurso, pues durante el traslado en este Despacho no alegó el recurrente. Y aun cuando tal memorial adolece de bastante deficiencia, siempre presta mérito para estudio de fondo.

Las causales invocadas son la primera y tercera del artículo 3° de la Ley 78 de 1923, en desarrollo de las cuales expresa lo siguiente:

"La aplicación del artículo 645 del Código Penal es violatoria de la ley, comoquiera que ese artículo se refiere a las heridas con premeditación, y esta premeditación quedó descartada desde el auto de proceder, confirmado por el honorable Tribunal. Afirmar, como lo hace el honorable Tribunal, que no alcanza a ver la razón para que el juzgador, de manera oficiosa contra el veredicto del Jurado, descarte este cargo, es decir, el de las heridas, es sencillamente acusar una falta de estudio o de atención, la cual va en menoscabo de los intereses de mi defendido. El señor Juez a quo, no es que haya descartado de oficio y contra el veredicto del Jurado el delito de heridas, sino que no halló en las disposiciones del Código Penal aquella precisa para el caso contemplado, y ante este hecho, no tuvo más que dictar fallo absolutorio. Querer aplicar otra disposición; afirmar, para hacer esa aplicación, que hubo premeditación, es-

tando ésta descartada de antemano, es ilógico, y más que todo, injusto y arbitrario. Transcribo a este respecto el concepto emitido por la honorable Corte Suprema en la sentencia ya citada:

‘Las disposiciones penales no pueden aplicarse por analogía a casos no previstos, ni se pueden dar por establecidas determinadas circunstancias que no han sucedido, con el objeto de imponer alguna sanción.’”

Para resolver, se considera:

Como el fallo de diez y siete de diciembre de mil novecientos veintiocho, referente a Pedro J. Mesa, publicado en la *Gaceta Judicial* número 1831, de veinte de noviembre de mil novecientos treinta (ponente doctor Cárdenas), contiene apreciaciones muy adecuadas al caso presente, conviene transcribir algunas de ellas. Entonces se dijo:

“Varias clases de heridas reconoce el Código Penal, siguiendo una denominación análoga a la establecida con respecto al homicidio, así: heridas cometidas con premeditación (artículos 645 y 654); heridas cometidas con premeditación y circunstancias de asesinato (artículo 651); heridas voluntarias (artículos 652, 653, 654, 655, 660 y 661), y heridas involuntarias (artículos 662 y 663), todas las cuales están sancionadas con penas distintas.

“La anterior clasificación está indicando con toda claridad que el Código Penal en esta materia distingue entre el simple acto voluntario y el premeditado, lo que quiere decir que no puede ser indiferente para el Juez de derecho que concurra o no esta última circunstancia en las heridas.”

Pues bien: es indudable que si en el caso que ahora se tiene en mientes, se le imputó al acusado en el auto de proceder un homicidio simplemente voluntario y unas heridas también voluntarias, pues a través de todo el informativo no aparece prueba alguna de que éstas sean de otra clase; si así se le propuso el cuestionario al Jurado, pues aun cuando en la cuestión relativa a las heridas se omitió la palabra **voluntariamente**, no se puede desconocer que el hecho está comprendido dentro de la misma clase del homicidio, ya que fue ejecutado en el mismo acto, y no habría razón alguna para que aquél tuviera un carácter y las heridas otro distinto, existiendo, por otra parte, la presunción generalísima de que trata el artículo 2° del Código Penal, presunción que cubre indefectiblemente el hecho de las heridas; si, además, la cuestión referente a éstas se contestó por unanimidad afirmativamente por el Jurado, es claro que no se podía, como lo hizo el Tribunal, aplicar el artículo 645, inciso 3°, que exige para tales heridas la premeditación, no en forma presuntiva, como lo estima aquél y el señor Procurador, sino netamente, específicamente, por más anticientífico que sea, como en realidad lo es, no sólo el artículo en referencia sino todo el capítulo.

Pero lo anterior no quiere decir que no se trata, como efectivamente se trata, de heridas voluntarias, según se ha visto. De manera que si la respuesta de los Jueces de conciencia se acomoda, como sucede en realidad, a uno de los casos de tales heridas, es el artículo pertinente de éstas el que debe aplicarse.

“Esta clase de heridas—las voluntarias—se dijo en el fallo precitado de diez y siete de diciembre de mil novecientos veintiocho, no tienen la generalidad que deberían tener en el Código; están limitadas, sin que se justifique la causa de esa limitación, al que ‘voluntariamente hiera, dé golpes o maltrate de obra a su padre, madre u

otro ascendiente, a su cónyuge’ (artículo 652), ‘contra el hermano o la hermana, padrastro o madrastra, hijastro o hijastra, suegro o suegra, yerno o nuera, tío o tía carnal, sobrino o sobrina o contra el adoptante o persona con que habita el sindicato o cuyo salario percibe’ (artículo 653); ‘los salteadores o ladrones que para robar o hacer alguna otra fuerza o en acto de cometer alguno de los delitos, o después para encubrirlos o salvarse, hieran o maltraten de obra a otro en los casos que exigen de la pena común del homicidio voluntario, según los artículos 604 a 606.....’ (artículo 660); ‘en los casos de heridas o maltratamientos causados en riña sin traición ni alevosía.....’ (artículo 661).”

Para determinar si el hecho cuya responsabilidad se ha deducido a Camilo por razón de las heridas a Florencio Caicedo, encuadra en uno de los enumerados en el aparte transcrito, es procedente conocer cómo se desarrollaron los hechos.

La relación de ellos, conforme la trae el Tribunal, es la siguiente:

“El domingo veinticinco de mayo de mil novecientos treinta, en las horas de la tarde, se hallaban en la población de Quilacé, Distrito de El Tambo, Marcelino Olano y Graciano Camilo empeñados en una disputa, en la cual se irrogaban mutuas ofensas. El Inspector de Policía del sitio, Juan Bautista Camilo, los llamó al orden y les exigió que al día siguiente se presentaran a su Despacho para solucionar las diferencias en que se encontraban. Olano obedeció al empleado, y accedió a presentarse al día siguiente a su Despacho; no así Camilo, quien terminantemente manifestó que no concurriría a la cita que le hacía la autoridad, expresando, además, que estaba listo a oír al Inspector en ese instante sobre lo que se ofreciera. Este empleado se limitó entonces a excitar a los contrincantes a que se retiraran a sus casas; pero luego, como observara que Graciano Camilo amagaba ofender con un cuchillo a José Domingo Camilo, dispuso que el primero de éstos fuera aprehendido para desarmarlo. A esto procedieron varios vecinos del lugar; mas Graciano, notando que se le perseguía, para capturarlo, emprendió la fuga hasta llegar al solar de su casa, al cual penetraron los perseguidores. Allí éstos lo acorralaron y le intimaron prisión, de conformidad con la orden recibida del Inspector de Policía. Graciano no atendió la insinuación, y con el cuchillo que aún empuñaba, acometió a los circustantes, logrando allí herir en el brazo izquierdo y en el pecho a Florencio Caicedo. En ese momento Gregorio Ruiz, Secretario del Inspector, que era de los presentes, se aproximó al agresor para defender a Caicedo; fue entonces cuando Graciano levantó el arma que empuñaba y la clavó en el costado izquierdo de Gregorio Ruiz, ocasionándole a éste la muerte instantáneamente.”

Como se ve, la manera de verificarse los acontecimientos, permite indudablemente la aplicación del artículo 661 del Código Penal, porque no fue otra cosa que una riña lo que se desarrolló entre el perseguido por la autoridad y los que a ésta representaban. Aquél se vio acosado por éstos, y en ese trance hubo de atacar—no justamente desde luego—en la forma en que lo hizo. Siendo esto así, como lo es, la pena aplicable es la del artículo citado, en relación con el inciso 3° del artículo 645, por haberle quedado al herido la lesión levisima de que trata el cuestionario y a que se refieren los peritos respectivos. Y se debe tener a Camilo como provocador, por cuanto

que sin la resistencia que opuso a la autoridad para ser desarmado, no se habrían seguramente producido los hechos de que da cuenta el informativo.

En consecuencia, se debe casar parcialmente la sentencia en lo tocante a la pena impuesta por el delito de heridas, por el cual corresponde al sentenciado la pena de un año de reclusión, que, convertida en presidio, para los efectos del artículo 33 del Código Penal, equivale a ocho meses de esta pena.

No está por demás reproducir en este fallo, como consideración final, la hecha en la sentencia tantas veces aquí citada, en relación con el capítulo de heridas de la ley penal sustantiva. Tal consideración es la siguiente:

"La reforma del actual Código Penal, que con más urgencia se impone, es la referente al delito de heridas, pues los defectos, errores científicos e incongruencias de que adolece lo que hoy existe sobre esa materia, son tantos y tan graves, que han arrancado un clamor unánime de parte de los funcionarios judiciales y de todos los que se han preocupado en alguna forma por el estudio de la reforma penal en Colombia, en el sentido de obtener una pronta modificación parcial de las normas vigentes, sin que desgraciadamente se haya conseguido resultado favorable alguno.

"Las dificultades que surgen a veces en presencia de un veredicto, que niega la premeditación en el delito de heridas, son afortunadamente muy raras, ya que el conocimiento de esa clase de delitos corresponde por lo general a los Jueces de derecho, sin la intervención del Jurado, y sólo en casos excepcionales por acumulación, como sucedió en esta ocasión, tuvo éste participación."

No se debe cerrar esta providencia sin que se observe formalmente a los juzgadores de instancia la omisión en que incurrieron de no considerar aquí, en modo alguno, ni por ningún aspecto, no sólo la posibilidad de existencia sino la existencia misma del delito contra empleado público, por el ataque de que fue víctima el Secretario del Inspector de Policía, en su carácter de tal, ya que, según las constancias del informativo, él obró en el acto de desarmar a Graciano Camilo, dentro del ejercicio de sus funciones y por razón de ellas, cosa que acaso no ignorara el homicida. Es, pues, de lamentarse el descuido, para decir lo menos, que entraña la falta de consideración de tal hecho, que hubiera permitido la imposición de una pena más conforme con la realidad jurídica y con la justicia misma.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en parte con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

1° Condénase a Graciano Camilo, como reo responsable del delito de homicidio simplemente voluntario en la persona de Gregorio Ruiz, previa calificación de su delincuencia en el menor grado, y con aplicación del artículo 600 del Código Penal, a la pena de seis años de presidio.

2° Condénase al mismo sujeto por el delito de heridas voluntarias en la persona de Florencio Caicedo, previa la misma calificación de delincuencia, con aplicación del artículo 645 del Código Penal, inciso 3°, en relación con el artículo 661 de la propia obra, y habida cuenta de la reducción y equivalencia exigidas por el artículo 133 ibídem, a la pena de ocho meses de presidio.

3° Queda en firme en lo restante el fallo materia del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo.
Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, noviembre trece de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

El señor Juez 2° Superior del Distrito Judicial de Buga, que conoció en primera instancia del presente negocio, formuló al Jurado, convocado y reunido en legal forma, para decidir acerca de la responsabilidad de Carlos Bermúdez Castro, por el delito de homicidio en la persona de María Gregoria Triviño, el siguiente cuestionario:

"¿Carlos Bermúdez Castro es responsable, conforme al auto de proceder, de haberle dado muerte voluntariamente a María Gregoria Triviño, a quien infirió una herida con instrumento cortante, en la región del cuello, de concavidad superior, que produjo la ruptura de la arteria carótida externa y de la vena yugular, lo que ocasionó una hemorragia, a consecuencia de la cual murió la ofendida, procediendo en ello el acusado en el arrebato súbito e impensado de la pasión de los celos, hecho que tuvo lugar en la madrugada del día cuatro (4) de abril de mil novecientos treinta (1930), en la casa de habitación de la occisa, en esta ciudad de Buga, Municipio del mismo nombre, comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado contestó por unanimidad de manera simplemente afirmativa.

Basado en el veredicto, el Juzgado pronunció sentencia con fecha diez y nueve de mayo del corriente año, por medio de la cual condenó a Bermúdez Castro, como reo responsable de homicidio voluntario, calificada su delincuencia en el menor grado, con aplicación del artículo 600 del Código Penal, a la pena principal de seis años de presidio, y a las incorporales accesorias correspondientes.

Apelado el fallo para ante el superior, éste, en providencia de fecha quince de julio de este año, lo confirmó en todas sus partes.

Contra tal providencia interpuso recurso de casación el sentenciado, recurso que le fue concedido.

Remitidos los autos a esta Sala, y surtido el trámite legal correspondiente se procede a resolver en el fondo el recurso, ya que a ello alcanza a prestarse la alegación dirigida a este Despacho por el defensor del recurrente.

Se apoya éste en las causales primera y tercera del artículo 3° de la Ley 78 de 1923, "por ser la sentencia aludida—dice—violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta, por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar, y en razón de no estar la sentencia en consonancia con los cargos que resultan en las constancias del proceso."

El sustentante del recurso baraja, como se ve, varias causales, las cuales no examina en su alegación separadamente ni de manera técnica siquiera, concentrando todo su intento en la apreciación, según su parecer, de

que el veredicto es injusto, como contrario a la evidencia de los hechos, principalmente por el motivo—alrededor del cual él se extiende en diversas consideraciones—de que sobre la manera como tuvo lugar el homicidio se tuvo en cuenta la versión de los hijos naturales de la extinta, y no la que dio el acusado al rendir su indagatoria.

Desde luego se observa que si la Sala entra a considerar en casación el aspecto de la injusticia notoria, es porque conforme a jurisprudencia sentada al respecto, así tiene de hacerse, cuandoquiera que tal punto ha sido materia de debate en las instancias, pues entonces a ese respecto debe examinarse si ha habido violación de ley por parte del juzgador.

Pero fácilmente se llega a concluir en el caso presente que no ha existido esa violación:

En efecto: el Juzgado, en su sentencia, analiza ampliamente los elementos de prueba existentes en autos contra el acusado, las declaraciones de Celmira y Carlos Arturo Triviño, sencillas y veraces, hasta el punto de pormenorizar antecedentes de disgustos frecuentes entre la occisa y el matador, a causa de celos de éste para con aquélla, y de relatar Celmira, en forma detallada y minuciosa, que no revela en modo alguno sospecha de tergiversar la verdad de las cosas, sino todo lo contrario, tratándose, como se trata, de una niña de trece años, de relatar ingenuamente la manera como tuvo lugar el acaecimiento. Aquellos motivos de celos y otras circunstancias relacionadas con diferencias entre la Triviño y Bermúdez, los corroboran varios testigos en el informativo, tales como Julia Holguín y sus hijos. En cambio, al sentenciado se le apuntaron por el Juzgado afirmaciones inverosímiles y falsas dentro de sus indagatorias, como puede verse a folios 78, 78 vuelto y 79 del expediente. Siendo lo anterior así, y no negando el hecho delictuoso el acusado, como no lo negó, y formulando solamente aseveraciones, que no sólo no demostró, sino que contrariaban aún la realidad informativa, es indudable que a los miembros del Jurado se les debía formular una cuestión como la que se le formuló, de acuerdo con el auto de proceder, es decir, la responsabilidad del acusado de un homicidio voluntario; y es indudable también que la respuesta unánime y sencillamente afirmativa de esa responsabilidad dada por los Jueces de conciencia, habida consideración de la manera como los hechos culminaron y de sus mismos antecedentes, no podía estimarse por ningún motivo como contraria a la evidencia. De ahí que con todo fundamento dijera el Tribunal en su fallo, al referirse a la petición de injusticia notoria hecha por el defensor, basado en las meras afirmaciones de Bermúdez:

“La Sala sentenciadora no hace alusión a los otros datos de incriminación que arrojan los elementos de prueba allegados al proceso, porque quedaron muy bien analizados en el auto que se estudia, y no hay para qué hacer la inoficiosa reproducción de ellos. A las breves observaciones que deja hechas, sólo añade la de que es absolutamente inexacto, carece de base legal y racional la afirmación de que la Triviño fue herida en el acto mismo en que golpeó a Bermúdez. En el proceso no hay de dónde inferir esa afirmación; por el contrario, las declaraciones de los menores, la posición de la herida, su profundidad y dimensiones; la circunstancia de que si hubiera habido lucha se habría dado cuenta el hijo mayor de la occisa que dormía allí, y que es ya un hombre de diez y nueve años, complicando la tragedia o evitan-

dola, no permite un minuto siquiera de vacilación a este respecto.”

Las anteriores consideraciones son suficientes para revelar cuán infundada es la pretensión del sustentante del recurso en lo que atañe a la injusticia notoria del veredicto; y ello es así, con tanto mayor razón, cuanto que aquél se ha limitado a hacer apreciaciones y afirmaciones, sin apoyo ninguno en autos, con la mera base de lo que él considera exacto, de conformidad con su propio y personal parecer.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y en efecto no infirma, la sentencia que ha sido objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diez y seis de noviembre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado de calificación, convocado y reunido para decidir acerca de la responsabilidad de Elisenio Mejía, José de los Santos Ortiz e Ignacio Agustín Sánchez Ortiz, procesados los dos primeros por el doble delito de homicidio y otros hechos, y por homicidio simple el último, le fue propuesto por el señor Juez del conocimiento, 2º Superior de Santa Marta, el siguiente cuestionario:

“Pliego de cargos.

“Cuestión primera:

“¿El acusado Ignacio Agustín Sánchez Ortiz es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente, en concurso recíproco con otras personas, a Eduardo Jiménez o Giraldo González, por medio de siete heridas causadas con instrumento cortante (machete) y contundente (bolicillo), a consecuencia de las cuales falleció casi inmediatamente, hecho que tuvo lugar el día diez de septiembre de mil novecientos veintisiete, después de saber Sánchez Ortiz y las otras personas que a Jiménez o González se le sindicaba de haber matado, con otros, ese día, a los hermanos Máximo y Gregorio Ortiz, y cuando ya éste era conducido preso por agentes de la autoridad, atados los brazos, para Chimichagua, Corregimiento (sic) de la comprensión de este Distrito Judicial?”

El Jurado resuelve: “No.”

“Pliego de cargos.

“Cuestión segunda:

“¿El acusado Ignacio Agustín Sánchez es responsable de haber cometido los hechos que se mencionan en la cuestión principal, con las siguientes circunstancias o algunas o parte de ellas: con auxiliares, sobresegu-

ro y sorprendiendo indefenso y desapercibido a Eduardo Jiménez o Giraldo González?"

El Jurado resuelve: "Nó."

"Pliego de cargos.

"Cuestión primera:

"El acusado José de los Santos Ortiz es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente, en concurso recíproco con otras personas, a Eduardo Jiménez o Giraldo González, por medio de siete heridas causadas con instrumento cortante (machete) y contundente (bolillo), a consecuencia de las cuales falleció casi inmediatamente, hecho que tuvo lugar el día diez de septiembre de mil novecientos veintisiete, después de saber Ortiz y las otras personas que a Jiménez o González se le sindicaba de haber matado, con otros, ese día, a los hermanos Gregorio y Máximo Ortiz, y cuando ya éste era conducido preso por agentes de la autoridad, atados los brazos, para Chimichagua, Corregimiento (sic) de la comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado resuelve: "Sí, pero bajo una perturbación mental, producida por la muerte violenta de sus dos hermanos."

"Pliego de cargos.

"Cuestión segunda:

"¿El acusado José de los Santos Ortiz es responsable de haber cometido los hechos que se mencionan en la cuestión principal, con las siguientes circunstancias o alguna o parte de ellas: con auxiliares, sobreeseguro y sorprendiendo indefenso y desapercibido a Eduardo Jiménez o Giraldo González?"

El Jurado resuelve: "Sí, con algunas de las circunstancias."

"Pliego de cargos.

"Cuestión primera:

"¿El acusado José de los Santos Ortiz es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente, en concurso recíproco con otras personas, a Pedro Manuel Moreno, por medio de cuatro heridas causadas con instrumento cortante (machete), a consecuencia de las cuales falleció inmediatamente, hecho que tuvo lugar el día diez de septiembre de mil novecientos veintisiete, después de saber Ortiz y las otras personas que a Moreno se le sindicaba de haber matado ese día, con otros, a los hermanos Gregorio y Máximo Ortiz, hallándose ya dicho sindicado Moreno preso en un cepo, en una pieza de la Cárcel Municipal de Chimichagua, comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado resuelve: "Sí, pero bajo una perturbación mental ocasional."

"Pliego de cargos.

"Cuestión segunda:

"¿El acusado José de los Santos Ortiz es responsable de haber cometido los hechos que se mencionan en la cuestión principal, con las siguientes circunstancias o alguna o parte de ellas: con auxiliares, sobreeseguro y sorprendiendo indefenso y desapercibido a Pedro Manuel Moreno?"

El Jurado resuelve: "Sí, con algunas de las circunstancias."

"Pliego de cargos.

"Cuestión única:

"¿El acusado José de los Santos Ortiz es responsable, conforme al auto de proceder, de haberse mancomunado con una muchedumbre de personas para el movimiento ilegal que culminó con la muerte de Pedro Manuel Moreno y Eduardo Jiménez o Giraldo González, sindicados de haber matado a los hermanos Gregorio y Máximo Ortiz, haciéndose aquéllos justicia por su mano; hecho que tuvo lugar el día diez de septiembre de mil novecientos veintisiete, en el Corregimiento (sic) de Chimichagua, comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado resuelve: "Nó."

"Pliego de cargos.

"Cuestión única:

"¿El acusado José de los Santos Ortiz es responsable, conforme al auto de proceder, de haber allanado con el concurso de otras personas, una cárcel municipal, penetrando violentamente en una pieza en donde en un cepo se hallaba preso Pedro Manuel Moreno, con el objeto de dar muerte, como le fue dada, a éste, el día diez de septiembre de mil novecientos veintisiete, en Chimichagua, cabecera del Corregimiento del mismo nombre, comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado resuelve: "Nó."

"Pliego de cargos.

"Cuestión primera:

"¿El acusado Elisenio Mejía es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente, en concurso recíproco con otras personas, a Eduardo Jiménez o Giraldo González, por medio de siete heridas causadas con instrumento cortante (machete) y contundente (bolillo), a consecuencia de las cuales falleció casi inmediatamente; hecho que tuvo lugar el día diez de septiembre de mil novecientos veintisiete, después de saber Mejía y las otras personas que a Jiménez o González se les sindicaba de haber matado con otros, ese día, a los hermanos Máximo y Gregorio Ortiz y cuando ya éste era conducido preso por agentes de la autoridad, atados los brazos, para Chimichagua, Corregimiento de la comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado resuelve: "Sí, sin premeditación."

"Pliego de cargos.

"Cuestión segunda:

"¿El acusado Elisenio Mejía es responsable de haber cometido los hechos que se mencionan en la cuestión principal, con las siguientes circunstancias o alguna o parte de ellas: con auxiliares, sobreeseguro y sorprendiendo indefenso y desapercibido a Eduardo Jiménez o Giraldo González?"

"Sí, en concurso y con algunas de las circunstancias."

"Pliego de cargos.

"Cuestión primera:

"¿El acusado Elisenio Mejía es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente, en concurso recíproco con otras personas, a Pedro Manuel Moreno, por medio de cuatro heridas causadas con instrumento cortante (machete),

a consecuencia de las cuales falleció inmediatamente; hecho que tuvo lugar el día diez de septiembre de mil novecientos veintisiete, después de saber Mejía y las otras personas que a Moreno se le sindicaba de haber matado ese día, con otros, a los hermanos Gregorio y Máximo Ortiz, hallándose ya dicho sindicado Moreno preso en un cepo, en una pieza de la Cárcel Municipal de Chimichagua, comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado resuelve: "Sí, sin premeditación."

"Pliego de cargos.

"Cuestión segunda:

"¿El acusado Elisenio Mejía es responsable de haber cometido los hechos que se mencionan en la cuestión primera, con las siguientes circunstancias o alguna o parte de ellas: con auxiliares, sobreseguro y sorprendiendo indefenso y desapercibido a Pedro Manuel Moreno?"

El Jurado resuelve: "Sí, con algunas de las circunstancias."

"Pliego de cargos.

"Cuestión única:

"¿El acusado Elisenio Mejía es responsable, conforme al auto de proceder, de haberse mancomunado con una muchedumbre de personas para el movimiento ilegal que culminó con la muerte de Pedro Manuel Moreno y Eduardo Jiménez o Giraldo González, sindicados de haber matado a los hermanos Gregorio y Máximo Ortiz, haciéndose aquéllos así justicia por su mano; hecho que tuvo lugar el día diez de septiembre de mil novecientos veintisiete, en el Corregimiento (sic) de Chimichagua, comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado resuelve: "No."

"Pliego de cargos.

"Cuestión única:

"¿El acusado Elisenio Mejía es responsable, conforme al auto de proceder, de haber allanado con el concurso de otras personas, una cárcel municipal, penetrando violentamente en una pieza en donde en un cepo se hallaba preso Pedro Manuel Moreno, con el objeto de dar muerte, como le fue dada, a éste, el día diez de septiembre de mil novecientos veintisiete, en Chimichagua, cabecera del Corregimiento (sic) del mismo nombre, comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado resuelve: "No."

Habiendo el Tribunal de Santa Marta, por sentencia de fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta, declarado injusto el veredicto del Jurado, en lo referente al delito de allanamiento de que aparecen responsables José de los Santos Ortiz y Elisenio Mejía, el Juez del conocimiento propuso de nuevo el siguiente cuestionario:

"Pliego de cargos.

"Cuestión única:

"¿El acusado José de los Santos Ortiz es responsable, conforme al auto de proceder, de haber allanado con el concurso de otras personas, una cárcel municipal, penetrando violentamente en una pieza en donde en un cepo se hallaba preso Pedro Manuel Moreno, con el objeto de dar muerte, como le fue dada, a éste, el día diez de septiembre de mil novecientos veintisiete, en Chimichagua,

cabecera del Municipio del mismo nombre, comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado resuelve: "Sí."

"Pliego de cargos.

"Cuestión única:

"¿El acusado Elisenio Mejía es responsable, conforme al auto de proceder, de haber allanado con el concurso de otras personas, una cárcel municipal, penetrando violentamente en una pieza en donde en un cepo se hallaba preso Pedro Manuel Moreno, con el objeto de dar muerte, como le fue dada, a éste, el día diez de septiembre de mil novecientos veintisiete, en Chimichagua, cabecera del Municipio del mismo nombre, comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado resuelve: "Sí."

Sobre el veredicto del Jurado, tal como se ha conocido en las contestaciones que preceden, dictó en definitiva sentencia el juzgador de primera instancia, con fecha diez y seis de septiembre del año próximo pasado, por medio de la cual resolvió:

"Condenar a Elisenio Mejía y José de los Santos Ortiz, como responsables del doble delito de homicidio perpetrado en Eduardo Jiménez o Giraldo González y Pedro Manuel Moreno, previa calificación en segundo grado, con aumento de la sexta parte entre el mínimo y el máximo, a la pena de diez años de presidio por cada homicidio, o sea la de veinte años, respectivamente, más a las accesorias de la principal, con aplicación de los artículos 600, 587 y 123 del Código Penal, y al pago de costas y perjuicios.

"Condenar a los mismos encausados como responsables del delito de allanamiento, a la pena de cuatro años de reclusión, respectivamente. (Artículos (sic) 282).

"Absolverlos del cargo por el delito de asonada, y sobreseer a favor del sindicado Ignacio Agustín Sánchez Ortiz, mediante la seguridad de fianza que ha prestado."

Apelada la sentencia para ante el respectivo superior, éste, en fallo de fecha veintidós de enero del corriente año, la reformó, en el sentido de imponer por el delito de allanamiento la pena de tres años de reclusión, y no la de cuatro impuesta por el Juzgado; en fijar concretamente las penas accesorias, y en absolver, de acuerdo con el veredicto del Jurado—y no sobreseer, como injurídicamente hizo el juzgador de primera instancia—a Ignacio Agustín Sánchez Ortiz, por el cargo que se le formuló. En lo demás, confirmó el fallo recurrido.

Contra la providencia del Tribunal interpusieron oportunamente recurso de casación los condenados Ortiz y Mejía, recurso que les fue concedido, habiendo sido enviados, en consecuencia, los autos a esta Superioridad, para efecto de resolverlos.

En este Despacho se ha tramitado el negocio de conformidad con la ley; y aun cuando los interesados, en el traslado que aquí se les concedió, no presentaron nuevas alegaciones, como las dirigidas al Tribunal para interponer el recurso dan margen para estudio de fondo, a éste se procede en seguida, examinándose separadamente la de cada reo, por aducir distintos motivos de casación.

Elisenio Mejía se apoya, para lo que con él se relaciona, en la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 73 de 1923, que dice:

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar."

Y manifiesta:

"Considero que ha habido una errada interpretación del artículo 124 del Código Penal, porque aun extremándose contra mí, sin tener en cuenta que los delitos se realizaron por excitación de ciertas personas influyentes, social y políticamente, de Chimichagua, cuando una multitud no sabía lo que hacía, hay, además, un número mayor de circunstancias atenuantes que agravantes, y entonces, en vez de aumentar una sexta parte, se ha debido disminuir en esa cantidad."

Habla luego de que ocasionalmente se vio envuelto en los hechos delictuosos por que se le condenó, haciendo al respecto algunas consideraciones, y luego agrega:

"Se ha debido aplicar el artículo 123 del Código Penal, colocando la delincuencia en tercer grado; pero si esto no fuere posible, entonces que se me coloque en segundo grado, pero disminuyéndose una sexta parte de la pena. Pero si esto tampoco fuere posible, espero que no se me aumente la sexta parte de la pena que me aumentó el Superior Tribunal; porque soy ignorante, de tal manera que ni leo, ni escribo, ni siquiera sé firmar mi nombre; siempre he observado muy buena conducta, y es el primer delito que se me imputa. Además: Chimichagua, lugar donde se cometieron los hechos, es un pueblo pacífico y sano, y nunca se cometen homicidios allí, salvo un caso excepcional."

En síntesis, el recurrente Mejía solicita que se haga la calificación de su delincuencia en el menor grado, y en subsidio, que se conserve la calificación en segundo grado pero disminuída la sexta parte, según el artículo 124 del Código Penal, o al menos, que se deje esta última calificación, sin ningún aumento de pena.

Para resolver, se considera:

El nueve de septiembre de mil novecientos veintisiete pasaron la noche, de posada, en la población de Chimichagua, en casa de Máximo Ortiz, tres sujetos desconocidos de los habitantes del lugar. Al día siguiente salieron de allí los tres individuos, pero como se hubiese observado la falta de algunas cosas en la casa, y se sospechara fundadamente que aquéllos eran quienes se las habían sustraído, Máximo y Gregorio Ortiz se dirigieron en su persecución, tomando el camino que lleva de Chimichagua a El Banco, habiéndoles dado alcance a los tales desconocidos en un paraje situado adelante del caserío de Candelaria, paraje a donde llegaron los Ortiz, acompañados ya del Inspector de Policía del mismo Corregimiento de Candelaria, del Agente de Policía de la Inspección y de otros individuos más. Como por el Inspector se les hubiese ordenado que hicieran alto, los perseguidos por la autoridad trataron de hacer resistencia, y la hicieron en efecto, pues uno de ellos, haciendo uso de un revólver que llevaba, disparó sobre el grupo de sus perseguidores, dejando tendidos en el camino a los dos hermanos Ortiz. Sin embargo, dos de las personas a quienes se perseguía, lograron ser capturadas por el Inspector y sus compañeros. El tercero de aquéllos, precisamente el matador de los hermanos Ortiz, logró escapar, sin que se hubiera podido después dar con su paradero ni saber su nombre.

Al regresar con los presos y los cadáveres hacia Chimichagua, los funcionarios de Policía y los demás que a éstos acompañaban, en un punto llamado El Lamede-

ro, Elisenio Mejía e Ignacio Agustín Sánchez arrebataron al conductor uno de los presos, el llamado Eduardo Jiménez o Giraldo González, y le causaron, con machete, algunas heridas, que aunque de naturaleza mortal, no alcanzaron a ocasionarle la muerte inmediatamente, pudiendo ser conducido hasta el sitio denominado El Caño de Platanal, en donde fue ultimado a machetazos por el propio Elisenio Mejía y por José de los Santos Ortiz, hermano de Máximo y Gregorio, muertos a tiros de revólver por el fugitivo.

El otro preso, llamado Pedro Manuel Moreno, que había logrado escapar de manos de Mejía y Ortiz, gracias a la actitud enérgica de los que lo conducían, fue llevado a la Cárcel de Chimichagua, en donde se le dejó con los brazos amarrados y sujetadas las piernas y pies por medio del cepo. Cerróse, además, la puerta de la prisión y se puso en ésta la guardia correspondiente. En tales circunstancias, se presentaron violentamente a la Cárcel los prenombrados Elisenio y José de los Santos, a la cabeza de un grupo de más de diez personas, atropellaron al Alcalde, a dos policías y a un Guarda de la renta de licores, rompieron la cerradura de la puerta de la pieza en donde se hallaba el preso Moreno, y lo ultimaron a machetazos en la forma más terrible.

Conocida la historia de los hechos delictuosos, cuya veracidad se halla plenamente demostrada en autos por múltiples declaraciones, es procedente estudiar brevemente ahora lo aducido por el sentenciado Mejía como fundamento del recurso en lo que a él atañe.

Sin duda, lo favorecen varias circunstancias atenuantes, tales como las que él señala: su pobreza, ignorancia, buena conducta anterior y ser el hecho punible el primero de que resulta responsable. Pero no es menos cierto que concurren también en contra suya varias agravantes, deducidas por el juzgador de primera instancia en su fallo, con prueba suficiente en autos para tenerse como tales, y para influir, consecuentemente, en el grado de calificación de la delincuencia.

En efecto: no puede desconocerse, según las declaraciones de los testigos que presenciaron los hechos, tales como Francisco Ravelo, Eladio Trillos, José S. Castaño, Ruperto Flórez y otros, que en los ataques promovidos y llevados a término por los sentenciados, y de los cuales resultó la muerte de los dos presos de que se ha hecho mención, concurren múltiples circunstancias agravantes, de las que enumera el artículo 117 del Código Penal. Así, por ejemplo, es incuestionable que hubo alarma, desorden y escándalo en los hechos realizados por Mejía y Ortiz, cuando a la cabeza de un grupo de gentes forzaron las puertas de la Cárcel y ultimaron a Moreno. Toda la población hubo de darse cuenta de hecho tan inaudito y violento. No puede tampoco remitirse a duda que, cuando los propios sentenciados acabaron a machetazos con la vida del preso Eduardo Jiménez o Giraldo González, obraron con crueldad y violencia, y que el mayor número de personas concurrentes a la perpetración del hecho delictuoso de Chimichagua, está claramente acreditado. Siendo esto así, como en realidad lo es, la conclusión para el juzgador no podía ser otra que la de calificar la delincuencia en segundo grado, como lo hizo, acatando los mandatos contenidos en los artículos 122 y 123 del Código Penal. No puede decirse, pues, que se haya violado la ley penal respecto de la aplicación de tales disposiciones, porque esa aplicación, como se ve, tiene sólido respaldo en las pruebas del informativo.

En cambio, es el caso de rebajar discrecionalmente la pena en una sexta parte de la diferencia entre el máxi-

mo y el mínimo de la aplicable, en lugar de aumentarla, como lo hace el fallo recurrido.

Realmente, del examen de los hechos delictuosos aparece que ellos fueron fruto de una exaltación pasional extraordinaria, y tan intensa, tan súbita e irresistible, que, privándolos de toda reflexión, condujo a los autores a consumar el delito, impelidos por una verdadera obsesión. De allí que el Jurado hubiese negado el elemento premeditación que el cuestionario contiene, y de allí, también, que manifestara haber obrado los agentes bajo una perturbación mental que, si bien—como se examinará al tratar en capítulo separado del recurso propuesto por José de los Santos Ortiz—no es suficiente en manera alguna para basar la irresponsabilidad y la consiguiente absolución, indica, eso sí, la falta de premeditación en el impulso criminal, la irreflexión en los autores, y por lo mismo, aceptando la voluntariedad en la acción, tal y como se llevó a cabo, preciso es reconocer que la calificación de la delincuencia en segundo grado debe ser atenuada, en busca de la individualización de la pena, debido a tal circunstancia, que se destaca en el presente caso; y de allí que se justifique la conclusión indicada, de rebajar discrecionalmente la pena en la sexta parte diferencial.

Como consecuencia, es el caso de infirmar el fallo, en consonancia con lo expuesto.

José de los Santos Ortiz.

En lo que se refiere a José de los Santos Ortiz, se considera:

Este recurrente alega principalmente como causal de casación, el estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, veredicto que él estima absolutorio, manifestando lo siguiente:

“Según el Diccionario de la Lengua, **perturbación** es el acto de perturbar; y **perturbar** es ‘trastornar el orden y concierto.’ Luego perturbación mental es trastornar el orden y concierto de la mente; es suspender el uso de la razón; es estar privado de juicio.

“De conformidad con el artículo 29 del Código Penal, numeral 1º, ‘son excusables y no están, por consiguiente, sujetos a pena alguna, el que se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de la razón.’

“Si yo estaba privado involuntariamente del uso de la razón, porque una perturbación mental me privó del juicio o de la razón, a consecuencia de la muerte violenta e injusta de dos hermanos míos (Gregorio y Máximo Ortiz), es claro que mi caso decidido por el Jurado se encuentra precisamente en la disposición acabada de mencionar, y por lo tanto, se me debe absolver (sic) por la muerte causada a los señores Eduardo Jiménez o Giraldo González y Pedro Manuel Moreno. Y si se aplicó el artículo 600 del Código Penal—para los dos homicidios—se cometió un error, pues la disposición aplicable es el numeral 1º del artículo 29 de dicho Código, que dispone que no se me imponga pena alguna.”

Ante todo, véase lo que dice el Tribunal acerca de este punto en su fallo:

“Estudiada la señalada declaración del Jurado a la luz de la doctrina atrás expuesta, y visto lo que dispone el numeral 1º del artículo 29 del Código Penal, es fácil llegar a la conclusión de que José de los Santos Ortiz procedió con exacto conocimiento de la significación moral de su acto. Con efecto: la disposición penal cita-

da dice que son excusables, y no están, por consiguiente, sujetos a pena alguna: el que se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de la razón. Es inadmisble que el Jurado haya querido catalogar a Ortiz en algunos de los casos previstos por la disposición transcrita: porque en los autos no aparece ni leve prueba o señal de que él se hallara en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de la razón.

“Al contrario, en los autos hay elementos para suponerlo en completo uso de sus facultades psíquicas. Así lo demuestra el hecho de que cuando supo la muerte de sus hermanos, salió a encontrar sus cadáveres, y como si ya meditara su acción de venganza, toma un machete, que pudiera considerarse como lo más contraindicado e inaparente en aquellos momentos de dolor; al encontrar al preso Eduardo Jiménez o Giraldo González, no es Ortiz, sino Mejía, quien lo arrebata al policía, e inicia el ataque a machete; después de lo cual es cuando Ortiz, por primera vez, toma parte en la tragedia; deja como muerto al preso; y cuando a éste, ya herido, lo alcanzan en otro sitio, Ortiz, a las palabras de Mejía, continúa su acción homicida, y acaba definitivamente con la vida del pobre preso. Al llegar a Chimichagua, José de los Santos Ortiz no se lanza como un furioso a eliminar al otro preso, sino que acompaña a sus hermanos muertos a su casa, allí da muestras de pena y sale después, a la cabeza de una turba, a completar su obra de muerte en Pedro Manuel Moreno, metido en un cepo, bajo la custodia, además, de la autoridad. ¿Puede estimarse toda esta actuación de Ortiz como la de un individuo verdaderamente loco o demente, o siquiera privado involuntariamente de la razón? El Tribunal no lo aprecia así. ¿Qué se propuso, entonces, el Jurado en su respuesta? En concepto del Tribunal el Jurado quiso referirse a aquellas conmociones espirituales originadas por un estado nervioso, fruto de un movimiento pasional que acalló los dictados de la conciencia, lo cual no constituye demencia ni locura, ni priva completamente de las facultades mentales. Son aquellos golpes tremendos, que repercuten profundamente en todo el organismo psíquico, pero que, no obstante, no alcanzan a anular la inteligencia y la voluntad, porque nadie se debe dejar influir por estímulos que en su origen le es dado vencer, y que la razón puede y debe refrenar.

“Entendidas y aceptadas así las cosas, es claro que José de los Santos Ortiz obró con conocimiento perfecto de su acto; el cual apreció como un signo de venganza por la muerte de sus hermanos, y es reo, por tanto, de homicidio voluntario, de acuerdo con el artículo 587 del Código Penal.”

Además, el señor Procurador hace sobre el mismo punto las siguientes consideraciones:

“El análisis que hace el Tribunal de las circunstancias mediante para combatir la tesis de la perturbación mental en que sostiene Ortiz que se encontraba, da en realidad fundamento plausible para llegar a la conclusión de que no había tal enajenación en el concepto que la ley requiere para que pueda inhibir los actos volitivos del agente y servir de causa exculpativa absoluta. Y si se agrega la circunstancia muy especial de que en el momento en que Ortiz y Mejía salían de la casa de los Ortiz, al frente de una muchedumbre de gentes exaltadas, el Alcalde de Chimichagua los apercibió para que no fueran a ejecutar un nuevo acto criminal en la per-

sona del preso Moreno, a lo cual ellos contestaron que iban nada más que a ver qué había del preso, porque se decía que se había fugado, aumenta la certeza de que Ortiz se hallaba en el pleno uso de sus facultades intelectuales, porque esa manifestación de la malicia con que obraban al engañar al Alcalde, diciéndole que iban con una intención distinta de la que en realidad tenían, para evitar así que el funcionario les impidiera el darle muerte al preso, no puede ser manifestación de una mente perturbada, sino todo lo contrario, de una mente en capacidad de raciocinar y de medir el alcance de las actividades que ella misma ordena.

“Presentados estos puntos de reflexión, salta la idea de que indudablemente Ortiz no sufrió tal perturbación mental inhibitoria de la voluntad, y que fue a los actos delictivos, no de una manera inconsciente, sino más bien con plena conciencia de lo que hacía, impulsado por una pasión que pudo arrebatarse la facultad deliberativa, pero no llegar hasta la coacción volitiva absoluta.

“Lo dicho precedentemente viene a dar la base para la interpretación acertada de la modificación introducida por el Jurado a su veredicto. Efectivamente, si hay en el proceso elementos suficientes para negar la existencia de una perturbación mental capaz de exculpar los hechos ejecutados por Ortiz, y si, por otra parte, la gravedad de esos hechos y la manera como se desarrollaron, muestra claramente la culpabilidad, es evidente que en el ánimo del Jurado no pudo obrar la idea de una absolución.

“Al Jurado se le preguntó si Ortiz era responsable de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente. El Jurado contestó que sí era responsable, pero bajo una perturbación mental. Si la perturbación mental a que se refirió el Jurado fuera aquella de que trata el artículo 29 del Código Penal, el veredicto sería contradictorio, y como tal, inadmisibles, porque siendo excusable Ortiz por haber obrado en estado de locura o demencia, no podía atribuirsele responsabilidad, como lo hace el Jurado, al contestar afirmativamente, por un acto que tiene la calidad de neutro, por el hecho mismo de haber sido ejecutado por un irresponsable.

“Racionalmente, y para armonizar las cláusulas de ese veredicto, hay que entender que el Jurado quiso libertar de la premeditación los hechos ejecutados por Ortiz, al decir que sí era responsable pero bajo una perturbación mental, esto es, inhibido por esa perturbación para la deliberación previa, como lo está quien ejecuta el acto por causa del arrebató súbito e impensado de una pasión.

“Este entendimiento del veredicto se confirma al considerar que el Jurado se halló en presencia de un caso de solución delicada: se le preguntaba sobre la responsabilidad de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente, y para resolver tenía estos elementos: de un lado, la gravedad de los hechos y las circunstancias de crueldad y de indefensión en que fueron ejecutados, y de otro lado, la situación anímica de Ortiz en presencia de los cadáveres de sus hermanos, y de los matadores, que venían en la procesión macabra. Puesto el Jurado entre la sociedad que reclama la sanción de aquellos hechos graves ejecutados en las circunstancias dichas, y el agente de esos hechos que se halló en aquella situación, es lo racional deducir, porque es lo más justo, que debió formarse la intención de afirmar la responsabilidad quitando la premeditación, para satisfacer así a la justicia, que reclamaba de parte y parte.

“Y se comprende cuando al preguntársele respecto a si los hechos fueron cometidos en circunstancias determinadas de asesinato, insiste en afirmar la responsabilidad con algunas de tales circunstancias. Se observa, por tanto, que en el ánimo del Jurado no obró la intención de libertar de toda culpa a Ortiz, sino la de atenuar su responsabilidad, llevando sus casos a los de homicidios simplemente voluntarios, ejecutados ‘por causa de un acto primo, o sea el arrebató súbito e impensado de una pasión,’ en vista de que ‘no hubo ni pudo haber deliberación previa, ni resolución anticipada de cometer los delitos,’ como lo dice el canon del número 6° del artículo 587 del Código Penal.

“Fue así como el Tribunal interpretó el veredicto para fallar, sancionando los hechos imputados a Ortiz, como homicidios simplemente voluntarios. De esta suerte es evidente que el Tribunal no puso su fallo en pugna con el veredicto del Jurado, y por lo tanto, la causal de casación alegada por el señor Ortiz carece de fundamento.”

De conformidad con lo estudiado carece, pues, de fundamento la causal alegada por Ortiz, en cuanto se refiere a que la sentencia recurrida se halla en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

En cambio, es aceptable—como en el caso de Mejía—el reparo al fallo en lo tocante a mala interpretación de los artículos 123 y 124 del Código Penal, por haberse aumentado discrecionalmente la pena. En este particular, como las consideraciones hechas respecto al recurso propuesto por el procesado Elisenio Mejía, son exactamente aplicables a sus compañeros de delitos, ellas sirven para sacar idéntica conclusión, o sea que no es el caso de hacer uso del poder discrecional de que se trata, en el sentido de aumentar la pena, sino antes bien, para disminuirla en la sexta parte diferencial que la ley permite. Lo propio debe decirse respecto de igual solicitud que hace el recurrente en lo que atañe al delito de allanamiento, ya que militan las mismas razones para sustentar el ejercicio del poder discrecional en la forma indicada.

En consecuencia, las penas aplicables a cada uno de los recurrentes, deben estimarse así:

Ocho años de presidio para cada uno de los homicidios, con aplicación del artículo 600 del Código Penal, y dos años de reclusión por el allanamiento, de conformidad con el artículo 282 ibidem, o sea un año y cuatro meses de presidio, haciendo la conversión de acuerdo con el artículo 133 de la misma obra. Por consiguiente, la pena total aplicable a cada uno de los procesados es la de diez y siete años y cuatro meses de presidio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

1° Condénase a José de los Santos Ortiz y Elisenio Mejía, como responsables de los delitos de homicidio voluntario perpetrados en las personas de Eduardo Jiménez o Giraldo González y Pedro Manuel Moreno, y del allanamiento de la Cárcel Municipal de Chimichagua, calificándoles su delincuencia en segundo grado, pero con la rebaja de la sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo de la pena, a diez y siete años y cuatro meses de presidio, que cumplirán en la penitenciaría que designe el Gobierno.

2º Queda en firme en lo restante la sentencia que ha sido materia del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Parmenio Cárdenas en el fallo anterior.

Estimo que la responsabilidad ha debido calificarse en el tercer grado, y por consiguiente era el caso de casar la sentencia por este aspecto, planteado y sostenido por los concurrentes.

Las mismas razones en que se apoya el fallo para disminuir la sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo, justificaban por lógica indiscutible, la conclusión anterior. Se dice en el fallo:

"Realmente del examen de los hechos delictuosos aparece que ellos fueron fruto de una exaltación pasional extraordinaria, y tan intensa, súbita e irresistible, que, privándolos de toda reflexión, condujo a los autores a consumir el delito impelidos por una verdadera obsesión."

Estas apreciaciones habrían podido llevar a la declaratoria de irresponsabilidad, pues la exaltación pasional extraordinaria, súbita e irresistible, destruye todo conocimiento y voluntad, produciendo sólo una reacción automática, en que al agente, de acuerdo con los principios clásicos en que está inspirada nuestra legislación, no se le puede imputar moralmente su acción, y, por consiguiente, no puede ser responsable legalmente; mucho menos si, como se dice en el mismo fallo, los sindicados ejecutaron los delitos impelidos por una verdadera obsesión, pues ésta influye moralmente, coartando en unos casos la libertad, y en otros, acabando completamente con ella.

Se agrega en el fallo:

"De allí que el Jurado hubiera negado el elemento premeditación que el cuestionario contiene, y de allí también que manifestara haber obrado los agentes bajo una perturbación mental, que si bien no es suficiente en manera alguna para basar la irresponsabilidad y la consiguiente absolución, indica, eso sí, la falta de premeditación en el impulso criminal, la irreflexión en los autores....."

Las circunstancias agravantes tienen un carácter personal y hasta cierto punto subjetivo, y si, como lo reconoce la mayoría falladora, hubo irreflexión en los agentes del delito, si procedieron como lo reconoció el Jurado, bajo una perturbación mental, no es posible deducirles, además de la responsabilidad principal, agravantes accidentales, en que ellos no pudieron pensar, que no tuvieron en cuenta, que no pudieron depender de su voluntad y de su conocimiento.

Y si la perturbación mental fue producida, como lo declaró el Jurado, por lo menos respecto al acusado Ortiz, "por la muerte violenta de sus dos hermanos," entonces el motivo tiene cierto carácter elevado, que impide considerar al delincuente como un elemento peligroso; muy al contrario, ese móvil, que no es capaz de

perturbar la conciencia social, tiene que servir, no para una agravación, como se ha hecho, sino de atenuación, si es que la individualización de la pena tiene el sentido y alcance práctico que debe tener.

Mas aun prescindiendo de las anteriores consideraciones, encuentro que las agravantes tenidas en cuenta en el fallo para conservar la calificación de la responsabilidad en el segundo grado, no resisten análisis en su favor. Dice la sentencia:

"Así, por ejemplo, es incuestionable que hubo alarma, desorden y escándalo en los hechos realizados por Mejía y Ortiz; cuando a la cabeza de un grupo de gentes forzaron las puertas de la cárcel y ultimaron a Moreno. Toda la población hubo de darse cuenta de hecho tan inaudito y violento. No puede tampoco remitirse a duda que cuando los propios sentenciados acabaron a machetazos con la vida del preso Eduardo Jiménez o Giraldo González, obraron con crueldad y violencia, y que el mayor número de personas concurrentes a la perpetración del hecho delictuoso en Chimichagua, está claramente acreditado."

La jurisprudencia de esta Sala ha sido constante en el sentido de no reconocer mayor importancia a la primera agravante mencionada, pues todo delito, por el hecho de cometerse, tiene necesariamente que producir alarma, desorden y escándalo social, de manera que viene a ser un elemento en cierto modo constitutivo de él.

Entre las varias decisiones que sobre el particular puedo citar, encuentro la de fecha junio veintiocho de mil novecientos veintiocho, casación de Rafael Mendieta, en donde se dijo:

"Las circunstancias agravantes que anota el Tribunal en su fallo, aparecen comprobadas en el proceso, excepto la de publicidad del sitio en donde se cometió el delito y la del mayor escándalo que se produjo como consecuencia del mismo delito, pues de suyo toda violación delictuosa de la ley trae el escándalo."

Por lo que hace a la violencia, todo delito la contiene, y en el presente caso ella sirvió, además, para constituir el delito de allanamiento a la cárcel, por que fueron enjuiciados y condenados; de suerte que ese elemento o circunstancia no puede tenerse en cuenta por dos aspectos.

Y por lo que hace al "mayor número de personas concurrentes a la perpetración del hecho delictuoso," tampoco encuentro legalmente acreditada esta circunstancia, ya porque los que tomaron parte y que resultaron como procesados son únicamente dos, ya porque si hubo concurrencia ocasional de varias personas en el lugar de los acontecimientos, ello dependió no de que todos tomaran parte en los hechos, sino de la alarma y protesta que surgió con motivo de la noticia brusca e inesperada de los gravísimos homicidios cometidos en las personas de los dos hermanos del recurrente Ortiz, siendo este acontecimiento el que naturalmente tenía que producir alguna conmoción en el pueblo.

Dejo en los términos anteriores expresadas las razones del salvamento.

Bogotá, noviembre 16 de 1931.

Parmenio Cárdenas—Trujillo Arroyo—González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, noviembre veinticuatro de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Al Jurado reunido para decidir sobre la responsabilidad de Juan Bautista Corrales, por el delito de fuerza y violencia cometido en la persona de la menor púber Belarmina Torres, le sometió el Juez de la causa, 1º Superior del Distrito Judicial de Buga, el siguiente cuestionario, que fue contestado afirmativamente, y sólo por mayoría de votos:

“El acusado Juan Bautista Corrales es responsable, si o nó, del hecho de haber sorprendido a la menor púber Belarmina Torres, y por medios violentos suficientes para dominarla, haber hecho uso carnal de dicha menor, consumando su desfloración, lo que ocurrió en el sitio de Guare, en jurisdicción del Municipio de La Unión, perteneciente a este Distrito Judicial, el lunes diez y siete de febrero de mil novecientos treinta, poco antes de medio día?”

En desarrollo de ese veredicto, el Juez, en sentencia de fecha abril veintinueve del presente año, teniendo en cuenta el artículo 681 del Código Penal, y después de calificar la responsabilidad en tercer grado, condenó al procesado a la pena principal de ocho años de presidio, sentencia que confirmó el Tribunal de este Distrito Judicial, con fecha julio veinticuatro de este año.

Contra este último fallo interpuso casación el defensor del condenado, y como oportunamente sustentó el recurso, se procede a estudiarlo en el fondo.

Es conveniente advertir que el alegato del recurrente no llena satisfactoriamente las condiciones requeridas; mas a pesar de las graves deficiencias de que adolece, se le tiene en cuenta, aplicando el criterio de gran amplitud con que esta Sala ha procedido en estas cuestiones penales, al interpretar demandas de casación como la presentada en este caso.

Se invocan las causales primera y tercera del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, ocupándose el recurrente únicamente de la primera.

La mayor parte del alegato tiende a demostrar que no existe prueba suficiente que acredite la responsabilidad de Corrales en el hecho por que fue condenado. Acerca de este punto, se contesta una vez más, que no tiene hoy esta Sala facultad directa para desconocer el veredicto del Jurado, por falta de pruebas en cuanto al elemento responsabilidad, lo que ha tenido ocasión de decirlo muchísimas veces para casos en que el mismo apoderado ha hecho valer idénticos razonamientos.

Del escrito de casación, por lo menos consultando la intención del recurrente, se desprende otro argumento importante, o sea que se violó el artículo 681 del Código Penal, por indebida aplicación, pues no está demostrado el cuerpo del delito de fuerza y violencia, ya que acerca de este elemento sólo existe el examen practicado en la menor púber Belarmina Torres, por dos mujeres absolutamente ignorantes, y, por lo tanto, su exposición carece de fuerza probatoria legal suficiente para demostrar una cuestión tan delicada.

Se considera:

El cuerpo del delito constituye el fundamento de todo juicio criminal; de suerte que ese elemento tiene que establecerse plenamente en el informativo para que pueda dictarse auto de proceder; constituye él hasta

cierto punto una cuestión de derecho, y en algunos casos tiene, como en el presente, un carácter técnico, sobre el cual, por lo mismo, no decide propiamente el Jurado, cuya misión se reduce al examen de hechos, o sea de responsabilidad.

En estas condiciones, la Corte en fallos repetidos ha entrado en el estudio de fondo, no obstante el veredicto condenatorio del Jurado, por tratarse de un elemento cuyo estudio corresponde al Juez de derecho, pues si no existe prueba acerca de él, en la forma exigida por la ley, el juicio queda sin fundamento, y no resultando éste, al imponer la pena, se viola la respectiva disposición penal que se haya tenido en cuenta.

El cuerpo del delito de fuerza y violencia, por que fue condenado Corrales, no podía establecerse con cualquier medio de prueba, sino que exigía el reconocimiento en la persona de la ofendida por verdaderos peritos. Para acreditar que la virginidad se ha perdido por obra de un abuso deshonesto, empleando para ello la fuerza y la violencia, es necesario que tales hechos se precisen por quienes, debido a sus conocimientos técnicos y especiales, estén en capacidad de apreciar la constitución y el funcionamiento del organismo humano.

De ahí que el Código Judicial, en el artículo 1621, y al referirse a los medios indicados para establecer el cuerpo del delito de que se viene hablando, diga que se expresarán por los peritos los términos en que se haya ejecutado tal violencia, el instrumento o medios empleados al efecto, y la naturaleza y resultados del hecho, y por perito entienden los principios, y con ellos el artículo 652 de la misma obra, la persona conocidamente hábil e instruida en la ciencia y arte a que pertenezca el punto sobre que ha de oírse su concepto.

Sentado lo anterior, se procede a examinar la prueba que tuvieron en cuenta los Jueces de instancia como suficiente para establecer el cuerpo del delito de fuerza y violencia. Tal prueba consiste en el reconocimiento llevado a cabo en la persona de la Torres por dos mujeres ignorantes en cuestiones de medicina, y aun en conocimientos generales de todo orden, hasta el punto de que una de ellas ni siquiera sabe firmar.

Para apreciar el valor de la exposición que ellas rindieron, conviene transcribirla:

“Hemos reconocido la persona de la niña Belarmina Torres, y notamos que ha sido recientemente desflorada, puesto que encontramos la vulva estropeada por un cuerpo extraño y el himen destruido, hallándole, además, señales de golpes en un brazo, el que parece lo tenga dislocado. Los pantaloncillos que la muchacha portaba en los momentos que dice le pasó el caso, se hallan despedazados en su mayor parte y con suciedades tiesas, que parecen de sangre, lo cual no se pudo evidenciar bien, debido al mal aspecto que presentan; la bata, que dice también portaba, se halló hecha trizas, pero sin mancha alguna; donde sí se hallaron manchas de sangre fue en el túnico, y también estaba todo roto. Por interrogaciones que le hicimos a la ofendida Torres, adquirimos el conocimiento que desde ese día siente mucho ardor en toda la vagina al orinar. En nuestro sentir, la hemorragia de sangre no fue muy copiosa, debido a que el hecho fue ejecutado por muchacho que aún le faltan años para alcanzar la completa formación del pene, y por este motivo, el daño causado a la Torres no fue demasiado.”

Hablan las famosas empíricas de himen destruido, cuando es lo cierto que, de acuerdo con los autores de medicina legal, en esos casos el himen es desgarrado,

sufre rupturas, pero no es destruido, pues esta destrucción sólo viene a verificarse, y eso no siempre, en los casos de parto. Después de manifestar que en su concepto el himen ha sido destruido, terminan por manifestar que debido "a que el hecho fue ejecutado por un muchacho que aún le faltan años para alcanzar la completa formación del pene, y por este motivo, el daño causado a la Torres no fue demasiado," lo cual envuelve una contradicción, pues si aquella membrana fue destruida, el daño tuvo que haber sido completo. Mas si el daño causado a la Torres "no fue demasiado," como lo afirman las singulares reconocedoras, el abuso carnal, y con él la desfloración, pudo no haberse verificado.

Se refieren esas mujeres a que el hecho fue ejecutado por un muchacho que aún le faltan años para alcanzar la completa formación del pene, y, sin embargo, no aparece en esa diligencia, ni en otra alguna, que ellas hubieran examinado o tenido a la vista al menor acusado Juan Bautista Corrales. Son, por consiguiente, simples apreciaciones o deducciones, desprovistas de todo fundamento científico y racional, y en esas condiciones, la justicia penal no puede tomar semejante concepto, que de todo tiene menos de pericial, como única fuente de comprobación del cuerpo del delito, porque se expondría a cometer un grave error de carácter irreparable.

Así las cosas, es necesario concluir que el cuerpo del delito de fuerza y violencia por que fue llamado a juicio el acusado, y más tarde condenado, no está legalmente acreditado, y por consiguiente, se violó el artículo 681 del Código Penal, por mala e indebida aplicación.

No está por demás llamar la atención al descuido en que incurrió el funcionario de instrucción, y más tarde, el Juez de la causa; pues había sido muy fácil haber hecho reconocer a la menor púber Belarmina Torres por verdaderos peritos, o sea por especialistas o médicos, que sin duda los hay en una ciudad tan importante como Buga.

En virtud de las razones expuestas, la Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa totalmente la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Absuélvese al sindicado Juan Bautista Corrales por el delito de fuerza y violencia por que fue llamado a juicio. En consecuencia, debe ponerse en libertad incondicional.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo.
Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, mayo diez y nueve de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

El señor Leonardo Cárdenas Pinto, en libelo de fecha diez y ocho de julio de mil novecientos veintinueve, dirigido a los señores Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, demandó a la Nación

para que, "previos los trámites legales y con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público, se declare por sentencia definitiva que la Nación debe reconocer y pagar los siguientes bonos flotantes del tres por ciento anual (3 por 100): un bono de mil pesos (\$ 1,000), marcado con el número 5332, y emitido el veinte de septiembre de mil ochocientos ochenta y tres; seis bonos de a cien pesos (\$ 100) cada uno, emitidos el veinte de septiembre de mil ochocientos ochenta y tres, y marcados, respectivamente, con los números 5134 a 5139; tres bonos de a cien pesos (\$ 100) cada uno, marcados con los números 4998 a 5000, emitidos el dos de diciembre de mil ochocientos setenta y cuatro; tres bonos de a cien pesos (\$ 100) cada uno, números 23 a 25, emitidos el veintidós de julio de mil ochocientos sesenta y cinco; tres bonos de diez pesos (\$ 10) cada uno, números 29, 32 y 33, emitidos el veintidós de julio de mil ochocientos sesenta y cinco; dos bonos de a diez pesos (\$ 10) cada uno, números 9675 y 9676, emitidos el diez y siete de octubre de mil ochocientos setenta y tres, y el bono número 9724, de diez pesos (\$ 10), emitido el veinticuatro de septiembre de mil ochocientos setenta y cuatro.

Para fundamentar esta acción, el demandante adujo como hechos fundamentales, los siguientes:

"Que los expresados bonos fueron expedidos en pago de una deuda legalmente reconocida por la Nación; que los mismos son legítimos y auténticos, porque están firmados por los empleados y funcionarios a quienes la ley autorizó con tal objeto; que están registrados y sellados; que su autenticidad está reconocida por el Gobierno, desde luego que en la Sección 2ª del Ministerio del Tesoro fueron registrados y sellados el diez de mayo de mil ochocientos noventa y siete, para satisfacer la exigencia contenida en el artículo 13 de la Ley 124 de 1887, y conforme a la prórroga concedida conforme al contrato de mil ochocientos noventa y seis; que los tales bonos no han sido cubiertos ni en todo ni en parte, y que la partida de doscientos setenta y ocho mil doscientos catorce pesos con sesenta y cinco centavos (\$ 278,214-65), saldo de la emisión de tales bonos flotantes, del tres por ciento, fue eliminada por el parágrafo 2º del artículo 4º de la Ley 22 de 1925.

Como causa, razón o derecho de la demanda, adujo éstos:

"..... el haberse expedido los bonos cuyo reconocimiento solicito, en pago de una deuda legalmente reconocida; el haberse presentado los bonos a la Sección 2ª del Ministerio del Tesoro el diez de mayo de mil ochocientos noventa y siete, para que, verificada su legalidad y autenticidad, fueran registrados y sellados como auténticos, conforme a las resoluciones del Ministerio, del veinticuatro de agosto de mil ochocientos ochenta y siete y diez de febrero de mil ochocientos noventa y siete, dictadas en desarrollo de las Leyes 124 de 1887 y 90 de 1896 (Diario Oficial números 7150 y 10258), y el haber eliminado de la deuda interna de la Nación la partida de \$ 278,214-65, saldo en circulación de una deuda reconocida por la República, y que venía sirviendo desde muchos años atrás, en virtud de que "son de cargo de la República las deudas exterior e interior, reconocidas ya o que en lo sucesivo se reconozcan." (Artículo 203 de la Constitución Nacional).

Como disposiciones de derecho invocó las siguientes:

"Artículo 203 de la Constitución Nacional; Ley 124 de 1887; Ley 90 de 1896; Código Judicial, Libro 9º, Títulos IV y XI; Ley 169 de 1896, y disposiciones concordantes de las citadas."

Admitida que fue la demanda, corrido el traslado respectivo al señor Fiscal, lo contestó oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas "por carecer de derecho para ello, comoquiera que por la Ley 22 de 1925 y el Decreto reglamentario respectivo, se eliminó como títulos contra el Estado los bonos del tres por ciento que no fueron registrados en el Ministerio de Hacienda dentro del término que concedió el artículo 4° de la Ley 22 de 1925, y como los títulos presentados por el demandante no fueron registrados durante el año de que habla el artículo citado, carecen de un requisito esencial para hacer efectiva la obligación que contienen."

Acerca de los hechos fundamentales de la acción, negó algunos, desconociendo la autenticidad y efectividad de los bonos presentados, los que calificó como falsos, "para que se pruebe la autenticidad de cada uno de ellos."

Fijados de esta manera los elementos de la controversia, se abrió a pruebas el negocio, y durante el término concedido, sólo el actor adujo las que consideró convenientes a su derecho. Recibidos los alegatos de conclusión y citadas las partes para sentencia, el Tribunal dictó la de fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos treinta, en que declara "que la Nación debe reconocer y pagar al demandante Leonardo Cárdenas Pinto" los bonos que fueron materia de la controversia, y dispone que si este fallo no fuere apelado, debe consultarse con la Corte Suprema de Justicia.

En virtud de este último recurso han subido los autos a este Despacho donde, legalmente tramitada la instancia con la intervención del señor Procurador General de la Nación, se pasa a determinar la situación jurídica de los contendientes, previas las siguientes consideraciones:

Primera. Para fundar su fallo, el Tribunal hizo la siguiente exposición, que la Corte acoge, por hallarla fundada en los hechos y jurídica en las apreciaciones que contiene. Dice:

"Los bonos flotantes del 3 por 100 anual son unos papeles de crédito público que, sobre la firma del Secretario del Tesoro y Crédito Nacional, del Tesorero General y del Secretario de la Junta, en unos; del Director del Crédito Nacional, en otros, o del Jefe de la Sección 2° del Ministerio del Tesoro en los últimos, llevan el siguiente reconocimiento:

"Los Estados Unidos de Colombia reconocen al portador, como deuda flotante, la suma de (tantos pesos), que gana el interés del 3 por 100 anual, desde el 1° de marzo de 1862.

"Bogotá (día) de (mes) de (año)."

"No hay duda de la legitimidad de la emisión de estos papeles, y por consiguiente de la legitimidad de la deuda que ellos comprueban. Ellas resultan del Decreto del 9 de septiembre de 1861, de las Leyes 47 de 1867, 70 de 1871, 60 de 1872, artículos 2092, 2094, 2096, 2138 y 2164 del Código Fiscal de 1873; Ley 87 de 1886, Ley 124 de 1887, Ley 96 de 1890, y el artículo 1° de las disposiciones transitorias del Código Fiscal de 1912 (Ley 110).

"La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema decidió, en sentencias del nueve de octubre de mil novecientos catorce y veinticinco de abril de mil novecientos veintidós, que no es necesario que tales bonos estén firmados por el Secretario de Hacienda para que sean legítimos.

"La deuda que comprueban los bonos fue reconocida por los Estados Unidos de Colombia, pero hoy es de cargo de la República de Colombia, en virtud del artículo 203 de la Constitución Nacional de 1886 y del artículo 1° de la Ley 57 de 1887. La República ha reconocido la deuda de los bonos, pues consta en el certificado del Ministro de Hacienda y Crédito Público, producido en el plenario, 'que la última amortización de bonos flotantes del 3 por 100 fue hecha en remate de documentos de deuda pública, verificado el día primero de septiembre del año de mil novecientos veintitrés,' y en el certificado del Contralor General de la República aparece 'que al establecerse este Departamento administrativo el primero de septiembre de mil novecientos veintitrés, abrió los libros de la deuda pública con los saldos que arrojaba el balance general en treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintidós, formado en la Sección de Crédito Público del Ministerio de Hacienda, en el cual aparece la cuenta de bonos flotantes del 3 por 100—1873—con una emisión total de \$ 15.861,157-60, y amortización por la cantidad de \$ 15.582,942-95, quedando un saldo en circulación, en treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintitrés, de \$ 278,214-65.'

"Los diez y nueve bonos presentados por el demandante tienen al respaldo dos sellos. El primero dice:

'República de Colombia—Ministerio del Tesoro.

'Registrado.'

"Y el segundo dice:

'Ministerio del Tesoro—Sección 2°—Bogotá, 10 de mayo de 1897.

'Registrado al folio 12.

.'José L. Camacho'

"La autenticidad de estos sellos fue reconocida por el señor Oficial del Crédito Público de la Sección de Contabilidad y Revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en las diligencias de inspección ocular, efectuada allí el nueve de diciembre del año pasado. (Folio 4, cuaderno 2).

"En las dos sentencias citadas, la Corte Suprema resolvió que para la vigencia de los bonos flotantes del 3 por 100 no es necesario que se acredite que fueron registrados dentro de los plazos señalados por las Leyes 70 de 1871 y 60 de 1872, ni que el sello lleve la firma del Director del Crédito Nacional. Se expresa así la Corte:

"Esta Ley 124 de 1887, artículo 13, revivió el derecho a presentar los billetes o documentos de crédito público a la oficina respectiva, para hacer constar su legitimidad y sellarlos, y para que así fuesen admitidos a los remates establecidos por las leyes; pero no dispuso, como lo había dispuesto la Ley 70 de 1871, que el Director del Crédito Público firmase el sello, sino únicamente que fuesen sellados, para ser admisibles en los remates que de ellos se hicieran. Esta Ley no distingue entre documentos de crédito emitidos hasta la vigencia de la Ley 60 de 1872, y los emitidos después, y, por tanto, se refiere a los anteriores a ella. Basta, pues, que esos documentos tengan el sello que exige la Ley, para que se les deba admitir a esos remates, de conformidad con la Ley 87 de 1886 y las que a ella se refieren.

"Los bonos presentados por el demandante tienen, pues, el sello exigido por la ley, que es el primero de los transcritos, y que de serle puesto bajo la vigencia de la Ley 124 de 1887, que no exigía la firma del Director del Crédito Nacional; pues si lo hubiese sido bajo la vi-

gencia de las Leyes de 1871 y 1872, llevaría la firma de dicho Director, por exigirlo así esas Leyes a este empleado.

"Pero aunque los mismos bonos no hubieran sido sellados dentro del año señalado por el artículo 13 de la Ley 124 de 1887, es lo cierto que después vino el artículo único de la Ley 90 de 1896, y con él dio un nuevo plazo de un año para la presentación de los documentos de que trata aquel artículo, entre los cuales están los bonos flotantes del 3 por 100, sin prescribir que en la presentación se debieran llenar formalidades especiales. Ahora bien: los bonos acompañados a la demanda fueron presentados dentro del nuevo plazo concedido por esta Ley, como lo acredita la nota de registro que obra al respaldo de todos ellos, el certificado que el demandante presentó con su libelo, y lo que consta de la inspección ocular practicada en esta instancia, en la cual se lee:

"El señor Enrique Solano, Oficial de Crédito Público, puso de presente al personal de la diligencia el Libro de Registro de documentos de crédito público, mandado abrir por la Resolución del Ministerio del Tesoro, el diez de febrero de mil ochocientos noventa y siete. Al folio 12 de dicho libro se encuentra el asiento o registro de fecha diez de mayo de mil ochocientos noventa y siete, referente a los bonos acompañados con la demanda, a excepción de los marcados con los números 9675 y 9676, de cuatro de septiembre de mil ochocientos setenta y nueve, por diez pesos cada uno; bonos éstos que no se encuentran mencionados, ni en esa nota de registro ni en otras del mismo libro. Por tanto, la nota que figura al respaldo de los bonos, firmada por 'José L. Camacho,' con fecha diez de mayo de mil ochocientos noventa y siete, y que dice: 'registrado al folio 12,' coincide en su fecha y en el folio con la nota de registro que figura en el libro.'

"Por estar, pues, presentados dentro de los términos legales, y sellados los bonos en litigio, se encuentran vigentes, y confieren al portador de ellos el derecho correlativo a la obligación reconocida en los mismos por la Nación, siempre que, por otra parte, sean auténticos. Verdad que dos de los bonos, los números 9675 y 9676, de diez pesos cada uno, emitidos el cuatro de septiembre de mil ochocientos setenta y nueve, no están anotados en el Libro de Registro de documentos de crédito público; pero, como lo resolvió la Corte en los dos fallos de que se ha hecho mérito varias veces, lo que la ley exige para la admisibilidad de los bonos, es que estén sellados, como lo están los dos bonos de que ahora se trata, y no requiere que en el Libro de Registro se encuentre la nota correspondiente al sello.

"La Ley 70 de 1871—dice la Corte—exigia que los documentos de crédito público que se presentasen a la Dirección del Crédito Nacional, para verificar su legitimidad y tomar nota de ellos, fueran sellados con un sello preparado al efecto, y firmados por el Director del Crédito Nacional para ser admisibles en las oficinas en que se amortizaban; pero ninguna disposición de esa Ley requirió que se hubiesen registrado en el Libro de Registro que, según ella, debió abrirse, para que se les admitiese en las oficinas de amortización de los mismos. El registro era obligación del empleado respectivo para tener en la Dirección del Crédito Nacional un dato estadístico, pero no constituía un requisito esencial para que los citados documentos conservaran su valor. Bastaba, pues, que estuviesen sellados y firmados por el referido Director,

"La Ley 124 de 1887, en su artículo 13, conservó la formalidad del registro en un libro, de los documentos de que se viene hablando, porque lo menciona; pero no lo exigió como formalidad indispensable para que fueran admitidos en los remates de documentos de deuda pública. Como ya se expuso, esa Ley sólo prescribió para esto que tuviesen el sello oficial destinado al efecto.

"Verdad es que las Resoluciones del Ministerio del Tesoro, de veinte de agosto de mil ochocientos ochenta y siete y diez de febrero de mil ochocientos noventa y siete, en desarrollo de las Leyes 124 de 1887 y 90 de 1896, respectivamente, ordenaron que se registrara la presentación de los documentos de crédito público relacionados en el artículo 13 de la primera, en un libro abierto para ello, y que el ordinal 4º de la segunda de ellas dispuso que, sin el registro, no serían pagados en la Tesorería, si hubiesen sido aceptados en los remates; pero la Ley 124 de 1887 no exige esa condición para la admisión de esos documentos a los remates, y, por tanto, su inobservancia no hace perder el derecho a los tenedores de ellos, porque lo único que esa Ley requiere para la admisión es que estén sellados.

"La vigencia de los bonos, cuyo pago se pide, aparece comprobada también con el hecho de que, según el certificado del Tesorero General, el Gobierno admitió al señor R. Santodomingo V. como garantía de su manejo en el puesto de Agente Postal en Panamá, ocho bonos flotantes del 3 por 100, que tienen al respaldo los mismos sellos que llevan los presentados por el demandante; lo que no hubiera sucedido si para el valor efectivo de esos papeles fueran necesarios otros requisitos distintos de los sellos (folio 6 vuelto, cuaderno 2º).

"Como fueron expedidos por los funcionarios competentes en ejercicio de sus funciones y con las solemnidades legales, los bonos del demandante son documentos auténticos, esto es, que hacen fe por sí mismos acerca de su procedencia y de las declaraciones que ellos contienen contra la Nación (artículos 1758, 1759 del Código Civil; 678, 680, 681 del Código Judicial). Teniendo a su favor la presunción de verdad, los documentos públicos son plena prueba mientras no se haya probado que son falsos, y la carga de esta prueba pesa sobre la parte contra la cual se aducen y que niegue su autenticidad. En el caso presente, el señor Fiscal redarguyó de falsos los bonos, dizque para que el demandante probará la autenticidad de cada uno de ellos. Por lo dicho, esta prueba no correspondía al demandante, y era el señor Fiscal quien ha debido probar que eran falsos. Como esta prueba no se dio en el plenario, el Tribunal hace caso omiso de la tacha.

"Además, desde el momento en que la Ley 124 de 1887 (artículo 13), exigió la presentación de los bonos para que, verificada su legitimidad, fueran sellados como auténticos, los bonos tienen que ser auténticos, puesto que llevan el sello que esa Ley ordenó que se les pusiera. La misma conclusión se deduce del hecho de que los bonos llevan el sello que se les puso en el acto de la presentación, verificada dentro del término concedido por la Ley 90 de 1896.

"La defensa que el señor Fiscal hace a la Nación, consiste en decir que los bonos carecen de un requisito esencial para hacer efectiva la obligación que comprueban, puesto que no fueron registrados dentro del año de que habla el artículo 4º de la Ley 22 de 1925, y que ese artículo y el Decreto reglamentario respectivo, eliminaron como títulos contra el Estado los bonos del 3 por 100

que no hubieran sido registrados dentro del término legal.

"El inciso 1° del artículo 4° de la Ley 22 de 1925 exigió a los tenedores de ciertos papeles de crédito público, entre los cuales no fueron enumerados los bonos del 3 por 100, que los presentaran en el curso de ese año al Ministerio de Hacienda y Crédito Público 'para su revisión y estudio de su autenticidad y de su validez o exigibilidad,' pero no estableció la formalidad del registro de esos papeles.

"El párrafo 1° del mismo artículo dice así:

"También deben registrarse en las mismas oficinas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en las mismas condiciones dichas, los documentos emitidos por el Estado, con intereses, que a juicio del Ministro de Hacienda requieran la verificación del saldo."

"Este párrafo sí estableció la formalidad del registro dentro del año de mil novecientos veinticinco, pero únicamente respecto de los papeles determinados en el inciso 1°, en los cuales no están los bonos del 3 por 100, y respecto de los documentos con intereses, que a juicio del Ministro requirieran la verificación del saldo.

"El veintiséis de marzo de mil novecientos veinticinco, el Poder Ejecutivo pronunció el Decreto número 493, reglamentario de la disposición que se estudia, y en el artículo 2° ordenó el registro de los documentos emitidos por el Estado con intereses, 'siempre que a juicio del Ministerio del ramo requirieran la verificación del saldo correspondiente.' Pero no dijeron ni el Poder Ejecutivo ni el Ministro, que los bonos del 3 por 100 fueran unos de esos documentos que requerían la verificación del saldo.

"Según la Ley y el Decreto, debían registrarse los documentos con intereses que requirieran esta verificación, a juicio del Ministro; pero este juicio no podía ser un juicio interno, particular y secreto del Ministro, sino un juicio externo, oficial y público del mismo, promulgados por la vía legal; porque de otro modo, los tenedores de esas diversas clases de documentos con intereses, no podían saber si los que poseían estaban entre los que requerían la verificación del saldo, si debían presentarlos al registro o no.

"Por consiguiente, no habiendo mencionado el Ministro en el Decreto reglamentario los bonos del 3 por 100 como uno de los papeles que requerían la verificación del saldo, los tenedores de ellos no estaban obligados a registrarlos, ni el registro vino a ser requisito de validez o exigibilidad de los mismos papeles.

"El artículo 3° de la Ley 12 de 1928 dice así:

"Los tenedores de los papeles a que se refiere el artículo 4° de la Ley 22 de 1925, podrán llenar las formalidades establecidas en dicho artículo hasta el 31 de julio de 1929, y sin exceder de los siguientes saldos: vales de la guerra de 1899, cuarenta y dos mil seiscientos veinte pesos setenta y cinco centavos (\$ 42,620-75); vales de la guerra de 1895, quinientos ocho pesos con veinticinco centavos (\$ 508-25), y vales por primas de exportación, nueve pesos (\$ 9). Una vez cumplidas aquellas formalidades, podrán convertirse tales papeles por bonos colombianos de deuda interna, del ocho por ciento (8 por 100), a un tipo que no exceda del ochenta por ciento (80 por 100)."

"Esta disposición no se refirió sino a tres de los papeles mencionados en el inciso 1° del artículo 4° de la Ley 22 de 1925. Pero aunque se refiriera a los documentos

emitidos por el Estado con intereses, que a juicio del Ministro requirieran la verificación del saldo, habría que repetir que no por eso los tenedores de los bonos del 3 por 100 quedaron obligados a llenar las formalidades de la presentación y el registro, puesto que el Ministro de Hacienda no había dicho de modo expreso y público, que a su juicio estos bonos estaban en ese caso. Por último, mal podía referirse la Ley 12 de 1928 a los bonos del 3 por 100, cuando esta cuenta ya estaba eliminada, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley 22 de 1925.

"El inciso 2° del párrafo 2° de este artículo dijo así: 'Seis meses después de la promulgación de esta Ley, se eliminarán los siguientes saldos de cuentas....., el de doscientos setenta y ocho mil doscientos catorce pesos con setenta y cinco centavos (\$ 278,214-75), de bonos flotantes del 3 por 100.'

"Ante todo se observa que esta disposición no se refirió a los bonos que no fueran registrados dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la Ley, ni a los que no fueran registrados dentro del año de mil novecientos veinticinco, puesto que, como ya se vio, ni la Ley ni el Decreto dispusieron el registro de los bonos del 3 por 100, y puesto que la cantidad que debía ser eliminada era, conforme al certificado del Contralor, que obra en autos, el total del saldo de la cuenta de bonos flotantes.

"Por lo que hace a la significación del mandato legal, el Tribunal no comparte la opinión del señor Fiscal, y está de acuerdo con el demandante, cuando dice que la eliminación determinada tuvo por objeto suprimir en los presupuestos nacionales saldos de cuentas que habían tenido poco o ningún movimiento en los últimos años.

"El artículo no dijo, ni podía decir, que a la expiración de los seis meses siguientes a su promulgación, los tenedores de bonos flotantes perderían el crédito que ellos comprueban contra la Nación; de otro modo, el legislador habría atropellado los derechos individuales, habría violado el derecho adquirido por los tenedores de los bonos a ser cubiertos en los términos y formas establecidos por las leyes y decretos, y habría privado de su propiedad a los tenedores, sin existir uno de los casos previstos por la Constitución Nacional; y no aparece que éstos hubieran sido los fines del legislador de mil novecientos veinticinco (artículos 19, 31, 32, Constitución Nacional). Tampoco puede decirse que la extinción del crédito era una pena para los tenedores, porque al decretar la eliminación la ley, no se propuso sancionar la ejecución de un hecho o la violación de una abstención que ella impusiera a los tenedores, porque ninguna obligación les impuso el artículo, comoquiera que la eliminación debía efectuarse a los seis meses de promulgada la ley, y ésta concedía un término mayor, todo el resto del año de mil novecientos veinticinco, para la presentación y registro de otros papeles de crédito público, entre los cuales no mencionó los bonos flotantes del 3 por 100, como tampoco lo hizo el Ministro en el Decreto reglamentario. Y aunque de penas se tratara, el legislador no podía imponer la de confiscación (artículo 34, Constitución Nacional).

"Lo que la ley se propuso fue suprimir la cuenta de bonos flotantes en los libros de cuentas de la Nación, es decir, que no se siguiera llevando en los libros de contabilidad el saldo de bonos flotantes no amortizados, y esto fue lo que efectivamente sucedió; pues, como apa-

rece del certificado del Contralor General de la Nación, el saldo de \$ 278,214-65 de la cuenta de bonos flotantes del 3 por 100 se canceló en el año de mil novecientos veinticinco, en virtud del artículo 4° de la Ley 22, por eliminación de la cuenta, terminando así el movimiento de ella (folio 8 vuelto, cuaderno 2).

“Así pues, los tenedores de bonos flotantes conservan sus créditos contra la Nación, si bien ella no los tenga apuntados en sus libros, y por eso no figura en los presupuestos la partida necesaria para cubrirlos. La eliminación del saldo de la cuenta querrá decir que en sus cálculos de entradas y gastos la Nación ya no tiene en cuenta los bonos flotantes, pero de ahí no puede deducirse que esos papeles hayan perdido su valor y que el crédito que comprueban se haya extinguido.”

Segunda. El señor Procurador observa, después de reconocer la justicia de los comentarios transcritos, que la sentencia condena a la Nación a pagar el valor correspondiente de los bonos como si se tratara de una deuda común, actualmente exigible, y en la forma ordinaria de sus demás obligaciones; siendo de advertir que se trata de una obligación especial, que debe ser pagada en la forma particular determinada en las leyes que autorizaron la emisión de los bonos y que han reglamentado el servicio, especialmente el Decreto de 9 de septiembre de 1861, cuyo artículo 28 dispuso que “la caja de amortización empleará cada cuatro meses el producto de los fondos aplicados por el número 4° del artículo 24, en amortizar deudas flotantes, tirando una lotería sobre todos los números. El sorteo se hará según los reglamentos que acuerde la Junta Suprema Directiva a su presencia. Los números agraciados se publicarán en el Registro Oficial, y el pago se hará en la misma caja por medio de los responsables del Tesoro, como correspondientes y agentes de la Caja de Amortización.” Y la Ley 87 de 1886, después de haber comprendido entre la “deuda antigua todos los documentos de crédito emitidos antes del diez y ocho de diciembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, y por virtud de leyes anteriores a esa fecha,” dice en su artículo 4°:

“Las dos deudas de que trata el artículo 1° de esta Ley, se amortizarán por el sistema de remates. Para amortizar la deuda antigua se destina la suma anual de un millón de pesos, la que se considerará dividida en 50 unidades iguales, y sacada a remate por duodécimas partes cada mes, se distribuirá entre los diversos documentos que la constituyen, en la proporción siguiente:

.....
“Para los bonos del tres por ciento (3 por 100... 1½”

“Es, pues, la forma de remates la que traen aparejada tales bonos para el efecto de ser amortizados, sin que se hubiera podido nunca exigir su pago total como una deuda común y corriente. Por lo tanto es la obligación de pagarlos en la forma indicada, la que debe imponerse a la Nación, y no en otra distinta. De otro modo resultaría la anomalía de que aquel cuyos derechos fueron discutidos vaya a quedar en mejores condiciones para el pago que aquellos cuyos derechos fueron reconocidos sin vacilación.

“Podría objetarse que, como no existe la partida correspondiente para llevar a cabo los sorteos, éstos no pueden practicarse. Nada importa el que no exista el saldo presupuestal para cumplir esta obligación. Con la sentencia que se dicte puede el Ministro de Hacienda solicitar la inclusión en el presupuesto de la partida correspondiente o la apertura del crédito extraordinario, para ve-

rificar los sorteos, llenándose así este vacío, sin que sufran menoscabo los derechos del demandante.”

Estas observaciones deben ser acogidas, por hallarse respaldadas en las disposiciones transcritas, y de consiguiente, la sentencia habrá de confirmarse con la aclaración correspondiente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de que se ha hecho mérito, con la reforma de que la Nación debe reconocer al demandante los bonos de que se trata, y pagarlos en la forma determinada por las leyes que organizan su amortización.

Cópiese y notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de donde procede.

LUIS F. ROSALES—Enrique A. Becerra—Julio Lizardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, mayo veinte de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de cinco de diciembre de mil novecientos veintinueve, absolvió al Departamento de Caldas de la demanda ordinaria intentada contra él por el Municipio de Belén, para la restitución de \$ 11,000 oro legal que, según éste, erogó de su tesoro en cumplimiento de varias ordenanzas que posteriormente anuló el Consejo de Estado y para el pago de los intereses legales sobre la suma antes expresada.

La misma sentencia absolvió al Municipio de Belén de la demanda de reconvención que le formuló el Departamento para el pago de \$ 11,573 y de los intereses legales, procedentes dichas sumas, según la demanda, de las erogaciones hechas por el último para sostener, alojar, vestir, etc., la Policía Municipal del primero.

Ambas partes apelaron, y por eso ha venido el negocio a la Corte, en donde, con nuevo término de prueba, traslado de alegatos y citación para sentencia se pasa a pronunciar la que en derecho corresponde.

La causa de la demanda principal, según se lee en ella, es haber dispuesto las varias ordenanzas de Caldas ya citadas, que las Policías departamentales y municipales estuviesen organizadas en una sola institución y bajo un mando único, y que el Municipio había de costear un número igual de agentes de tercera clase, que los costeados por el Departamento, y pagar el sostenimiento del cuartel para la Policía así organizada, y de oficinas para los Jefes, excepto en aquellos lugares en donde el Departamento tenía locales capaces destinados a cárceles, en los cuales podrá instalarse la Policía; igualmente el Municipio debía sufragar los gastos de materiales para la Policía, como útiles, alumbrado, muebles, etc., etc. El Municipio dice que en cumplimiento de tales ordenanzas hizo las erogaciones indicadas en los dos apartes anteriores.

La causa de la demanda de reconvención proviene, a su turno, de la erogación que dice el Departamento haber hecho para sostener, alojar, vestir, etc., etc., la Policía del Municipio de Belén, en cumplimiento de las

disposiciones de las ordenanzas que fueron anuladas por el Consejo de Estado.

Por idénticos motivos a los alegados en este juicio, se siguió un pleito entre el Municipio de Santuario y el Departamento de Caldas, y de éste contra aquél, en mutua petición, pleito en que fueron absueltas ambas partes por el Tribunal Superior de Manizales, cuya sentencia vino a la Corte en apelación, y acerca de la cual dijo esta corporación, en la de doce de febrero del presente año, lo siguiente, que se reproduce y acoge en el presente fallo, porque contempla una misma cuestión de derecho y análogos fundamentos de hecho. Dijo entonces la Corte:

"Del contexto de la demanda, de las disposiciones legales en ella invocadas, y de la parte que se acaba de transcribir del alegato de primera instancia del apoderado del Municipio de Santuario, aparece que la acción ejercitada por dicha entidad es la de pago de lo no debido, la cual tiene por fundamento la nulidad declarada por el Consejo de Estado de algunas disposiciones de determinadas ordenanzas expedidas por la Asamblea del Departamento de Caldas.

"De aquí se deduce que para que la indicada acción pueda prosperar, se requiere la concurrencia de estos dos elementos: 1º), que haya habido un pago indebido, y 2º), que la nulidad declarada por el Consejo de Estado produzca en el caso actual efectos retrospectivos, o sea que confiera a las partes derecho para ser restituidas al estado que tenían antes de la expedición de las ordenanzas anuladas. La falta de cualquiera de estos requisitos determina necesariamente la improcedencia de la acción.

"Por razones de método, se empezará por el estudio del primero de los indicados elementos.

"De acuerdo con el numeral 5º del artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, corresponde a los Concejos Municipales arreglar la Policía Municipal en sus diferentes ramos, sin contravenir a las leyes y ordenanzas ni a los decretos del Gobernador o del Prefecto respectivo. Y como de conformidad con el artículo 62 del Acto legislativo número 3 de 1910, es de incumbencia de los Concejos Municipales votar las contribuciones y gastos locales, síguese que a las corporaciones distritales les corresponde asignar en el respectivo presupuesto lo necesario para el sostenimiento de la Policía Municipal. En síntesis, deben los Municipios sufragar con sus propios recursos los gastos que demanda el servicio de policía local.

"Sentado esto, debe observarse que el hecho de que la ordenanza número 13 de 1920 hubiera organizado la Policía Departamental y la Municipal bajo un mando único y bajo la dirección suprema del Gobernador del Departamento, no eximió al Municipio de Santuario ni a los demás Municipios del Departamento de Caldas de la obligación legal que tenían de costear su propia policía; y por tanto, del hecho de aparecer comprobado que el indicado Municipio sufragó una parte de los gastos que ocasionó la Policía que prestó en él sus servicios, no puede deducirse que hubiera habido pago de lo no debido, tanto más cuanto que aparece acreditado que el Departamento contribuyó con una suma mayor todavía al sostenimiento de la Policía que prestó sus servicios en el Municipio tantas veces nombrado. Mal puede reputarse que un gasto o pago es indebido, desde el momento en

que tal gasto viene a quedar representado para quien lo hace por un beneficio directo como lo es la prestación de un servicio cuyo costo le corresponde según la ley. Es indudable que sin la Policía organizada por el Departamento con la colaboración de los Municipios, éstos hubieran tenido que organizar y costear su propia Policía. De donde se sigue que el dinero invertido por aquéllos quedó representado en un servicio que de otro modo habrían tenido que costear indefectiblemente.

"Que el gasto hecho por los Municipios estaba bien representado, lo demuestra además la circunstancia de que todos los Municipios de Caldas, con posterioridad a las sentencias de lo Contencioso Administrativo que anularon las ordenanzas atrás mencionadas, han celebrado contratos con el Departamento para hacer entre ambas entidades los gastos del servicio de Policía, en la forma establecida en las sobredichas ordenanzas, como aparece de la certificación del señor Gobernador de aquel Departamento, que el señor Procurador hizo venir a los autos en el término probatorio de la segunda instancia.

"No estando probada la existencia del pago indebido, no hay necesidad de estudiar lo relativo a los efectos de la nulidad declarada por los Tribunales de lo contencioso.

"Las consideraciones hechas respecto de la acción ejercitada en la demanda principal, obran con igual fuerza para determinar la improcedencia de la acción de reconvención, pues si la Policía organizada por el Departamento, conforme a las ordenanzas anuladas, prestó servicios tanto a los Municipios como al Departamento, la erogación hecha por esta última entidad al contribuir al sostenimiento de dicha institución, no puede reputarse como pago de lo no debido." (Protocolo, febrero de 1931. Folio 8 vuelto a 10 frente).

En virtud de los razonamientos que se han transcrito y que constituyen la doctrina de la Corte acerca de la materia disputada, esta corporación, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y oído el concepto del señor Procurador de la Nación, acorde en lo sustancial, confirma la sentencia recurrida. Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el proceso.

LUIS F. ROSALES—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo veinte de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de treinta y uno de mayo de mil novecientos treinta, absolvió al Departamento de Caldas de la demanda ordinaria intentada contra él por el Municipio de Pereira, para la restitución de \$ 86,000 oro legal que, según éste, erogó de su Tesoro en cumplimiento de varias ordenanzas que posteriormente anuló el Consejo de Estado, y para el pago de los intereses legales sobre la suma antes expresada.

La misma sentencia absolvió al Municipio de Pereira de la demanda de reconvención que le formuló el Departamento para el pago de \$ 146,597-89, y de los intereses

legales, procedentes dichas sumas, según la demanda, de las erogaciones hechas por el último para sostener, alojar, vestir, etc., la Policía Municipal del primero.

Ambas partes apelaron, y por eso ha venido el negocio a la Corte, en donde, con nuevo término de prueba, traslado de alegatos y citación para sentencia, se pasa a pronunciar la que corresponde.

La causa de la demanda principal, según se lee en ella, es haber dispuesto las varias ordenanzas de Caldas ya citadas, que las Policías departamentales y municipales estuviesen organizadas en una sola institución y bajo un mando único, y que el Municipio había de costear un número igual de agentes de tercera clase, que los costeados por el Departamento, y pagar el sostenimiento del cuartel para la Policía así organizada y de oficinas para los Jefes, excepto en aquellos lugares en donde el Departamento tenía locales capaces destinados a cárceles, en los cuales podrá instalarse la Policía; igualmente el Municipio debía sufragar los gastos de materiales para la Policía, como útiles, alumbrado, muebles, etc., etc. El Municipio dice que en cumplimiento de tales ordenanzas hizo las erogaciones indicadas en los dos apartes anteriores.

La causa de la demanda de reconvención proviene, a su turno, de la erogación que dice el Departamento haber hecho para sostener, alojar, vestir, etc., etc., la Policía del Municipio de Pereira, en cumplimiento de las disposiciones de las ordenanzas que fueron anuladas por el Consejo de Estado.

Por idénticos motivos a los alegados en este juicio, se siguió un pleito entre el Municipio de Santuario y el Departamento de Caldas, y de éste contra aquél, en mutua petición, pleito en que fueron absueltas ambas partes por el Tribunal Superior de Manizales, cuya sentencia vino a la Corte en apelación, y acerca de la cual dijo esta corporación, en la de doce de febrero del presente año, lo siguiente, que se reproduce y acoge en el presente fallo, porque contempla una misma cuestión de derecho y análogos fundamentos de hecho. Dijo entonces la Corte:

"Del contexto de la demanda, de las disposiciones legales en ella invocadas, y de la parte que se acaba de transcribir del alegato de primera instancia del apoderado del Municipio de Santuario, aparece que la acción ejercitada por dicha entidad es la de pago de lo no debido, la cual tiene por fundamento la nulidad declarada por el Consejo de Estado de algunas disposiciones de determinadas ordenanzas expedidas por la Asamblea del Departamento de Caldas.

"De aquí se deduce que para que la indicada acción pueda prosperar, se requiere la concurrencia de estos dos elementos: 1º), que haya habido un pago indebido, y 2º), que la nulidad declarada por el Consejo de Estado produzca en el caso actual efectos retrospectivos, o sea que confiera a las partes derecho para ser restituidas al estado que tenían antes de la expedición de las ordenanzas anuladas. La falta de cualquiera de estos requisitos determina necesariamente la improcedencia de la acción.

"Por razones de método, se empezará por el estudio del primero de los indicados elementos.

"De acuerdo con el numeral 5º del artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, corresponde a los Concejos Municipales arreglar la Policía Municipal en sus diferentes ramos,

sin contravenir a las leyes y ordenanzas ni a los decretos del Gobernador o del Prefecto respectivo. Y como de conformidad con el artículo 62 del Acto legislativo número 3 de 1910, es de incumbencia de los Concejos Municipales votar las contribuciones y gastos locales, síguese que a las corporaciones distritales les corresponde asignar en el respectivo presupuesto lo necesario para el sostenimiento de la Policía Municipal. En síntesis, deben los Municipios sufragar con sus propios recursos los gastos que demanda el servicio de policía local.

"Sentado esto, debe observarse que el hecho de que la Ordenanza número 13 de 1920 hubiera organizado la Policía Departamental y la Municipal bajo un mando único y bajo la dirección suprema del Gobernador del Departamento, no eximió al Municipio de Santuario ni a los demás Municipios del Departamento de Caldas de la obligación legal que tenían de costear su propia policía; y por tanto, del hecho de aparecer comprobado que el indicado Municipio sufragó una parte de los gastos que ocasionó la Policía que prestó en él sus servicios, no puede deducirse que hubiera habido pago de lo no debido, tanto más cuanto que aparece acreditado que el Departamento contribuyó con una suma mayor todavía al sostenimiento de la Policía que prestó sus servicios en el Municipio tantas veces nombrado. Mal puede reputarse que un gasto o pago es indebido, desde el momento en que tal gasto viene a quedar representado para quien lo hace por un beneficio directo como lo es la prestación de un servicio cuyo costo le corresponde según la ley. Es indudable que sin la Policía organizada por el Departamento con la colaboración de los Municipios, éstos hubieran tenido que organizar y costear su propia Policía. De donde se sigue que el dinero invertido por aquéllos quedó representado en un servicio que de otro modo habrían tenido que costear indefectiblemente.

"Que el gasto hecho por los Municipios estaba bien representado, lo demuestra además la circunstancia de que todos los Municipios de Caldas, con posterioridad a las sentencias de lo Contencioso Administrativo que anularon las ordenanzas atrás mencionadas, han celebrado contratos con el Departamento para hacer entre ambas entidades los gastos del servicio de Policía, en la forma establecida en las sobredichas ordenanzas, como aparece de la certificación del señor Gobernador de aquel Departamento, que el señor Procurador hizo venir a los autos en el término probatorio de la segunda instancia.

"No estando probada la existencia del pago indebido, no hay necesidad de estudiar lo relativo a los efectos de la nulidad declarada por los Tribunales de lo Contencioso.

"Las consideraciones hechas respecto de la acción ejercitada en la demanda principal, obran con igual fuerza para determinar la improcedencia de la acción de reconvención, pues si la Policía organizada por el Departamento, conforme a las ordenanzas anuladas, prestó servicios tanto a los Municipios como al Departamento, la erogación hecha por esta última entidad al contribuir al sostenimiento de dicha institución, no puede reputarse como pago de lo no debido." (Protocolo, febrero de 1931. Folio 8 vuelto a 10 frente).

En virtud de los razonamientos que se han transcrito y que constituyen la doctrina de la Corte acerca de la materia disputada, esta corporación, administrando justi-

cia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y oído el concepto del señor Procurador de la Nación, acorde en lo sustancial, confirma la sentencia recurrida. Sin costas.

Cópiése, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el proceso.

LUIS F. ROSALES — Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la sentencia de fecha diez y siete de noviembre último, proferida en este proceso seguido por Mauricio Ospina R. contra el Departamento de Cundinamarca, representado en la primera instancia por el señor Fiscal del Tribunal, declaró que el demandado debe al demandante la cantidad de doscientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos y sus intereses corrientes desde el mes de agosto de mil novecientos diez y siete, y absolvió al mismo demandado de los demás cargos de la demanda.

Notificada legalmente esa sentencia a las partes, las consintieron implícitamente, desde luego que no interpusieron ningún recurso contra ella, por lo cual el Tribunal remitió a esta Superioridad los autos, en consulta del indicado fallo.

En la Corte ha sufrido el asunto la tramitación que conforme a la ley le corresponde y es llegada, por tanto, la oportunidad legal de ponerle fin a la segunda instancia por medio de la decisión que el caso requiere.

Los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda están expuestos así:

"1° Mi poderdante Mauricio Ospina-R. pagó por razón de un impuesto que no era exigible, la suma de doscientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos; del diez y seis de septiembre de mil novecientos quince al treinta y uno de diciembre del mismo año, según certificado del Colector, cuya copia adjunto.

"2° Por sentencia de fecha nueve de julio de mil novecientos diez y siete, pronunciada por el Tribunal Seccional Administrativo de Bogotá, se declaró como causal de nulidad de una resolución, que el impuesto pagado con la suma a que se refiere el hecho anterior, no era exigible en la época en que se cobró.

"3° En diversas ocasiones, y por medio de un juicio ejecutivo que cursó en ese honorable Tribunal, el cual no prosperó por haber revocado la Corte Suprema el auto ejecutivo, se le ha cobrado esta suma al Departamento de Cundinamarca.

"4° Desde que se ejecutorió la sentencia del Tribunal Seccional Administrativo de Bogotá, ya mencionada, el Departamento ha sabido y tenido conocimiento que el cobro del impuesto fue ilegal y el pago de esta suma indebido.

"5° El Departamento de Cundinamarca cobró antes de tiempo el impuesto creado por la Ordenanza 66 de 1915 a mi poderdante, percibiendo por razón de ese cobro la

suma de doscientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos, perjudicando con esto a mi poderdante.

"En derecho me fundo en los artículos 2313 a 2321 del Código Civil; 2341 de la misma obra; 38 y 93 de la Ley 130 de 1913, 929 y siguientes del Código Judicial."

En el término probatorio de la primera instancia no se produjeron pruebas. En la segunda instancia, ninguna de las partes solicitó la apertura del juicio a pruebas.

En cuanto a los hechos base de la demanda, como bien lo expresa el Tribunal, los marcados con los numerales primero y quinto, o sea el cobro hecho por el Departamento a Ospina R. del diez y seis de septiembre al treinta y uno de diciembre de mil novecientos quince, en razón del impuesto de consumo de aguardiente, en la cantidad pedida, y el pago hecho por el segundo al primero de ese impuesto y en ese tiempo, están probados con el certificado expedido el veintidós de julio de mil novecientos diez y seis, por el Colector de Hacienda de Girardot, que en copia fue acompañado a la demanda.

El hecho segundo, o sea la declaración administrativa de que el impuesto creado por la Ordenanza 66 de 1915 no era exigible en la época en que se cobró y obtuvo por el Departamento, del demandante, aparece acreditado con la copia de la sentencia proferida por el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Bogotá, el nueve de julio de mil novecientos diez y siete, en el juicio promovido por Mauricio Ospina R. y otros, sobre la nulidad de la Resolución del Gobernador de Cundinamarca, de fecha treinta de noviembre de mil novecientos diez y seis, que negó la devolución de unos impuestos pagados por los demandantes, sentencia por medio de la cual dicho Tribunal Administrativo declaró nula la Resolución expresada, dictada por el Gobernador, fundándose en que el cobro de los impuestos establecidos por la nombrada Ordenanza número 66, antes de vencerse los seis meses siguientes a su promulgación, era inconstitucional e ilegal. Dejó a salvo los derechos que puedan tener los demandados para hacerlos valer ante el Poder Judicial.

El hecho tercero no se comprobó. El cuarto sí quedó demostrado, como adelante se verá.

Es, pues, verdad establecida en el proceso que en virtud de lo estatuido en la Ordenanza número 66 de 1915 sobre impuesto de aguardiente, el demandante pagó al Departamento de Cundinamarca la suma de dinero que reza el certificado expedido por el Colector de Hacienda de Girardot, ó sean doscientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos, para un impuesto que aún no podía cobrarse, desde luego que conforme al artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910 y lo resuelto sobre el particular por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bogotá en el fallo de fecha nueve de julio de mil novecientos diez y siete, que en copia debidamente autenticada figura al folio 1° y siguientes del cuaderno principal, fallo que por otra parte es obligatorio y no está sujeto a revisión judicial (artículo 93, Ley 130 de 1913), una disposición que crea o aumenta un impuesto indirecto, no puede hacerse efectiva sino seis meses después de promulgada la ley o la ordenanza que establezca la contribución o el aumento. Y la Ordenanza 66 citada, que crea el impuesto que pagó el demandante Ospina R., se le hizo efectiva a éste, en cuanto al impuesto de aguardiente y en la cuantía dicha, antes de transcurrir el término de seis meses expresado.

Se halla igualmente acreditado que el demandado tuvo completo conocimiento del pago de lo no debido hecho a él y de la respectiva solicitud de restitución que el demandante hizo oportunamente, comoquiera que fue legalmente notificado de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo, y que el Gobernador resolvió la solicitud negándola. Así lo demuestra la copia de las notificaciones de la sentencia hechas al señor Fiscal del Tribunal y al apoderado del Departamento en el mencionado juicio, y la copia de la parte resolutive de la tantas veces nombrada Resolución del Gobernador, inserta en el fallo del Tribunal.

La obligación del Departamento de Cundinamarca de restituir es, pues, de rigor legal, al tenor de lo preceptuado en los artículos 2313, 2315 y 2318 del Código Civil.

Cuanto a las demás condenaciones que solicita el actor como consecuencia de la principal, no son ellas materia de revisión por la Corte, a causa de ser esta parte del fallo favorable al Departamento y no haberse interpuesto apelación contra ella.

No habiendo, según lo dicho, reparo qué hacer a la sentencia en la parte sujeta a consulta, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, procediendo de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma ese fallo en la parte que es materia de la consulta.

Cópiese y notifíquese esta decisión, publíquese en el órgano de la Corte y devuélvase el expediente.

LUIS F. ROSALES—Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, veinticinco de mayo de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

La Gobernación de este Departamento remitió a la Corte una documentación que contiene la solicitud de los señores Manuel Antonio Riveros y Filiberto Riveros, vecinos de Fosca, para que se suspenda al señor Carlos A. Castro del cargo de Concejero Municipal de la población nombrada; copia de la parte pertinente de las sentencias de primera y segunda instancia, dictadas por el Juzgado 2º del Circuito de Cáqueza y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por las cuales fue condenado el referido Castro a la privación perpetua de los derechos políticos; certificado del honorable Senado de la República, del cual aparece que el aludido señor Castro no ha sido rehabilitado en el goce de sus derechos políticos; Resolución original de la Gobernación del Departamento, de fecha diez de febrero último, que niega la suspensión solicitada; nota número 435, de fecha diez y siete de marzo del presente año, por medio de la cual el Ministerio de Gobierno comunica a la Gobernación que el Poder Ejecutivo confirmó aquella Resolución, y certificación del Presidente del Concejo Municipal de Fosca, sobre el ejercicio de las funciones de Concejero respecto del señor Castro.

El oficio remisario de la documentación, redactado de acuerdo con la Resolución del señor Gobernador, confirmada por el Ministerio de Gobierno, es del siguiente tenor:

“En nueve fojas útiles y por su muy digno conducto, tengo el honor de remitir a la honorable Corte la Resolución del señor Gobernador de Cundinamarca y aprobada por el Ministerio de Gobierno, por la cual niega la suspensión del señor Carlos A. Castro del cargo de Concejero Municipal de Fosca, para que la Corte ejerza la atribución que le señala el artículo 74 del Código Penal, sobre la nulidad del nombramiento o elección recaída en el señor Carlos A. Castro para Concejero Municipal de Fosca, para que fue elegido para el período en curso.”

Llevado el asunto al conocimiento de la Corte Plena, dispuso ésta, por resolución de fecha nueve del presente mes, que pasaran las diligencias a la Sala de Negocios Generales. Previo el repartimiento del caso, procede esta Sala a decidir lo que estima pertinente.

Aunque es verdad que el ordinal 2º del artículo 74 del Código Penal (Ley 19 de 1890), atribuye a la Corte Suprema la declaración de nulidad de la elección cuando el elegido ha sido inhabilitado por sentencia judicial para ejercer empleo público y se trata de empleos de elección popular, dicho texto legal ha sido modificado por disposiciones posteriores, tales como los artículos 38, inciso c) de la Ley 130 de 1913, y 189 de la Ley 85 de 1916, disposiciones éstas que han atribuido a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de las demandas de nulidad de las votaciones y actas de escrutinio de los Jurados de Votación, Jurados y Juntas Electorales, aun cuando la causal alegada sea la de inhabilitación o impedimento para ser elegido, como aparece claramente del artículo 183 de la Ley 85 citada, en relación con el 189 de la misma Ley.

En razón de lo dicho, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se declara incompetente para conocer de este negocio.

Cópiese y notifíquese esta decisión, publíquese en el órgano de la Corte y devuélvase la actuación a la Gobernación del Departamento con copia de la presente Resolución.

LUIS F. ROSALES—Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

El señor Juez Departamental de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca, en el juicio ejecutivo que el Departamento sigue por suma de pesos contra Daniel Baracaldo, en ejercicio de la jurisdicción coactiva de que está investido, en auto de fecha diez de febrero de mil novecientos veintiocho declaró embargado como propiedad del ejecutado un lote de terreno con unas paredes, de adobe en él construidas, sito en la jurisdicción del Municipio de Facatativá, y comprendido dentro de estos linderos:

“Por el frente, con casa de la señora Rosa Baracaldo, hoy de Aristides Zúñiga; por un costado, con solar de Heliodoro y Benedicto Rivera, y por los otros dos costados, con solar de la misma señora Rosa Baracaldo.”

El señor Ezequiel Martínez, mediante apoderado, y valiéndose de la articulación respectiva, diciéndose propietario de dicho lote, solicitó el desembargo de él; mas

como no prosperaran sus pretensiones, según auto del Tribunal, de fecha ocho de marzo de mil novecientos veintinueve, promovió la acción de tercería excluyente para que se declare que él tiene mejor derecho al lote embargado, que el ejecutado y el ejecutante.

Como fundamentos de su acción presentó el ser dueño poseedor de dicho inmueble, negándole, por consiguiente, las mismas condiciones jurídicas al ejecutado Baracaldo.

Esta demanda fue contradicha por el señor Fiscal del Tribunal de Bogotá, quien la contestó, negando así los hechos como el derecho, y proponiendo la excepción de prescripción.

Tramitado el juicio en primera instancia ante dicho Tribunal, mediante la práctica de todas las dilaciones que la ley señala, se desató la controversia por la sentencia de fecha tres de junio de mil novecientos treinta, en que se niegan las declaraciones pedidas en la demanda y se exonera de las costas en la primera instancia al actor.

En grado de apelación interpuesta por Martínez, subieron los autos a esta Sala de la Corte, donde, concedida nueva dilación probatoria y recogidas las demostraciones que el tercerista tuvo a bien solicitar, corrido traslado para alegar, sin que el recurrente hiciera uso de su derecho, previa la citación respectiva, se procede a dictar la sentencia que corresponda en orden a la acción instaurada.

El sentenciador en primera instancia hizo el comentario que en seguida se inserta, respecto del derecho de propiedad alegado por las partes; comentario que se acoge, por ser la síntesis fiel de los títulos presentados:

"Por escritura pública número 503, de veinticinco de septiembre de mil novecientos uno, otorgada en la Notaría de Facatativá, Rosa Baracaldo de Triana vendió a Socorro Baracaldo un lote de tierra, situado en la misma población y así demarcado: 'por el frente, con casa de la vendedora, midiendo tres metros sesenta centímetros; por un costado, con solar de Heliodoro y Benedicto Rivera, midiendo cinco metros veinte centímetros, y por los otros dos costados, con solar de la misma vendedora, midiendo por el uno tres metros sesenta centímetros, y por el otro, cinco metros veinte centímetros.'

"La vendedora declara en la escritura que este lote lo hubo por herencia de sus finados padres Miguel Baracaldo y Rosa Cortés.

"Socorro Baracaldo, por medio de escritura número 580, de veinte de octubre de mil novecientos veintidós, otorgada en Facatativá, vendió el lote anterior al hoy ejecutado Daniel Baracaldo, quien, después de habérselo vendido a Juan de D. Cortés, lo volvió a adquirir del mismo Cortés.

"Como se ve, las escrituras anteriores colocan el dominio del lote en cabeza de antecesores legítimos de Baracaldo, desde el año de mil novecientos uno.

"Ahora veamos cuáles son los títulos con que el tercerista respalda su derecho:

"Según escritura pública número 432, de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos siete, otorgada en la Notaría de Facatativá, los señores Rafael y Emilio Triana, por una parte, y el señor Teodosio Correa, por la otra, en su calidad de Personero Municipal de la misma población, declararon que los primeros redimían por la suma de cuatro mil novecientos noventa pesos (\$4,990) el cimientito y solar de una casa que poseían en Facatativá, en la calle 2ª, número 25, constante de cuatrocientos

noventa y nueve metros cuadrados, por los siguientes linderos:

'Por el frente, calle de por medio, con solar de Marcos Pulido; por un costado, con casa y solar de Benedicto Rivera; por la espalda, con solar de Basilio Parra, y por el otro costado, con solares de Ramón Leañó y Angel María Gómez.'

"Por escritura pública número 1136, de treinta de octubre de mil novecientos siete, otorgada en esta ciudad, la señora Rosa Baracaldo vendió a Olegario Triana todos los derechos y acciones que le correspondieran en la sucesión de su finado esposo Lucio María Triana, especialmente los vinculados en una casa de bahareque y paja, con su terreno accesorio, ubicada en Facatativá, por los mismos linderos de la escritura anterior.

"Por escritura número 1275, de fecha tres de diciembre de mil novecientos siete, Rafael y Emilio Triana le vendieron a Olegario Triana el cimientito y solar que habían adquirido del Municipio de Facatativá, según la escritura primeramente citada.

"Los mismos Rafael y Emilio Triana vendieron a Domingo Ospitia, mediante escritura pública número 319, de ocho de junio de mil novecientos nueve, el solar y cimientito que ya habían vendido a Olegario Triana.

"Olegario Triana y Domingo Ospitia, por escritura número 764, de fecha veinte de noviembre de mil novecientos trece, le traspasaron a Aristides Zúñiga el lote de tierra de que tratan las ventas anteriores.

"Y, por último, Aristides Zúñiga, en instrumento número 171, de fecha veinte de marzo de mil novecientos veinticuatro, le vendió al actual tercerista Ezequiel Martínez el mismo lote de tierra.

"A juzgar por lo expresado en la cláusula segunda de la escritura de venta de Socorro Baracaldo, el lote embargado materia de la tercería, se encuentra comprendido dentro del de mayor extensión alindado en los títulos del tercerista. En la citada cláusula dice Socorro Baracaldo que el lote que vende a Daniel Baracaldo se halla proindiviso con la finca de Aristides Zúñiga; y siendo así que Rosa Baracaldo le transmitió a Socorro Baracaldo, y ésta a Daniel Baracaldo, el dominio de un cuerpo cierto y determinado, la palabra proindiviso está mal empleada, y tan sólo significa que el lote vendido está enclavado dentro de otro de mayor extensión, de Aristides Zúñiga.

"Comparando los títulos del ejecutado con los del tercerista, resulta a primera vista que los de aquél son más antiguos que los de éste; pues al paso que los primeros se remontan al año de mil novecientos uno, con la venta de Rosa Baracaldo a Socorro Baracaldo, los segundos comienzan en el año de mil novecientos siete, con la escritura de redención otorgada por el Personero Municipal a Rafael y Emilio Triana. Lo cual significa que los títulos del ejecutado, en razón de su mayor antigüedad, prevalecen sobre los del tercerista.

"Se hace hincapié en que Rosa Baracaldo vendió un lote de tierra que en el año de mil novecientos uno pertenecía al Municipio de Facatativá, como área de población, pero es lo cierto que esto no se ha probado, y mientras no se demuestre, la susodicha venta debe considerarse legítima, pues no hay motivo para presumir que el lote en realidad fuera del Municipio.

"También se alega en favor del tercerista la posesión que en el lote han ejercido, primero, Aristides Zúñiga, y luego, Ezequiel Martínez, desde hace unos diez y seis años, según lo declaran dos testigos Benedicto y Helio-

doro Rivera, folios 2 a 4 del cuaderno de pruebas de primera instancia. Aparte de que el dominio pertenece, según se ha visto del examen de los títulos, a Daniel Baracaldo, la posesión sería eficaz en cuanto tuviera por objeto fundar una prescripción adquisitiva, la cual no se ha propuesto. Además, la posesión, conforme la exponen los testigos, es dudosa, desde que a Baracaldo se le encontró ocupando la finca en el momento de depositarla, según lo acredita la diligencia respectiva.

"En estas circunstancias el tercerista no ha probado su mejor derecho al pedazo de tierra en discusión, y siendo así, la sentencia tiene que serle adversa."

En esta segunda instancia, y para reforzar las pretensiones del tercerista, se trajeron como pruebas los testimonios de Heliodoro Rivera C., Antonio Briceño y de Justina Quijano de Briceño, con el objeto, sin duda, de demostrar la posesión que en el acto del embargo tenía el tercerista sobre el lote de que se trata; empero, lo aseverado por estos testigos es abiertamente contradictorio con lo que aparece en la diligencia de depósito y avalúo, donde consta que en dicho inmueble encontraron al ejecutado Daniel Baracaldo, "quien dijo ser él el dueño de ese lote y de las paredes"; y aunque se admitiera la posesión por parte del tercerista, en nada se modificaría su condición jurídica, pues de acuerdo con los títulos aducidos y por las razones expresadas en la sentencia de primera instancia, no ha logrado demostrar el carácter de propietario que le asista.

También trajo copia auténtica del Acuerdo número 6 de 1907, por el cual se da a la venta el área del Municipio de Facatativá, y en cuyo artículo 1º se dispone que por la Junta de Hacienda se proceda a vender los lotes de área que estén dentro de la población; y también un certificado del Personero Municipal de Facatativá, en que consta que las áreas de población de esa ciudad han sido y son propiedad del Municipio mientras no hayan sido redimidas por los ocupantes, o sea mientras el Municipio no se haya desprendido de su dominio a otras personas o entidades; y el certificado del Registrador de instrumentos públicos del Circuito del mismo nombre, según el cual en los libros a su cargo no aparece que el Municipio de Facatativá haya enajenado a ningún título a Miguel Baracaldo y Rosa Cortés, causantes del ejecutado Daniel Baracaldo, el dominio del terreno a que la controversia se refiere.

A pesar de estas demostraciones, la situación jurídica del actor tercerista no puede cambiar, porque derivando él sus derechos de la propiedad que el Municipio de Facatativá dice tener sobre el área de población, no habiéndose presentado el título demostrativo de esta propiedad, en la comparación siempre aparecen como anteriores y prevalentes los títulos de la parte contraria, que se remontan al año de mil novecientos uno.

Además de las escrituras mencionadas anteriormente, aparece que Rosa Baracaldo de Triana vendió el veinticinco de septiembre de mil novecientos uno, un cuerpo cierto a Socorro Baracaldo, y posteriormente, en diciembre de mil novecientos siete, vendió a Olegario Triana "todos los derechos y acciones que le correspondieran en la sucesión de su finado esposo Lucio María Triana, especialmente los vinculados en una casa de bahareque y paja con su terreno accesorio." Aun admitiendo que el cuerpo cierto que vendió estuviera identificado con los derechos mencionados, cosa que no se ha probado, la propiedad derivada de la venta realizada por Rosa Baracaldo en mil novecientos uno, permanece vinculado en sus sucesores, bien por la tradición verifi-

cada en favor de éstos, ora por la determinación precisa de la cosa vendida, desde luego que respecto de los derechos en la sucesión de Lucio María Triana, no hay constancia en los autos de que sean realmente efectivos, y mucho menos que estén radicados en el inmueble que se disputa.

En virtud de estas consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia apelada, declarando que las costas de segunda instancia son de cargo del recurrente.

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

LUIS F. ROSALES—Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

El seis de marzo de mil novecientos veinticinco se presentó ante el Tribunal Superior de Ibagué un libelo de demanda, que en su parte petitoria dice:

"Pedro Pablo Cardoso, ciudadano vecino de Ibagué, en ejercicio del mandato judicial que presento, otorgado por los legales representantes de la sucesión de don Pedro Ochoa M., en nombre y representación de éstos y por medio del presente libelo os manifiesto que en nombre y representación del Ilustrísimo señor doctor Pedro María Rodríguez A., Obispo, y del Seminario Conciliar de Ibagué; de la señora Sacramento Cortés viuda de Ochoa, por sí y como cónyuge y albacea de don Pedro Ochoa; de María de los Angeles Ochoa de Rodríguez, de Primitivo Góngora, albacea testamentario, y de Aquilino Rodríguez, legal representante de María Ochoa de Rodríguez, demando a la Nación, República de Colombia, representada por el señor Fiscal del Tribunal, o por quien ella designe, para que, con su audiencia y mediante la tramitación de un juicio ordinario, se declare y decrete en sentencia definitiva a favor de la sucesión de don Pedro Ochoa, que es para quien se demanda, lo siguiente:

"1º Que pertenece a la sucesión de don Pedro Ochoa Medina el dominio, posesión y demás derechos de dueño, de la faja o zona de terreno en la hacienda de San Nicolás o San Francisco, de la mortuoria dicha, situada en la fracción de Chicoral, del Municipio del Espinal, Departamento del Tolima, zona de terreno ocupada actualmente de hecho por la Nación, con su ferrocarril del Tolima, zona que se extiende desde 387 metros 80 centímetros, antes del kilómetro 27; comprende del kilómetro 28 hasta el kilómetro 29, o sean 1,422 metros 60 centímetros de largo, por 12 metros de ancha, aproximadamente, zona de terreno que está dentro de la hacienda dicha, y cuyos linderos trae el hecho primero de la demanda.

"2º Que la Nación no puede pasar su ferrocarril del Tolima o atravesar dicha hacienda con traviesas, rieles y trenes, etc., por impedirlo en formal oposición la sucesión de don Pedro Ochoa M., y está obligada la Nación a quitar los durmientes, rieles, etc., dentro del término que señale la sentencia.

"3º Que la Nación está obligada, y se le condena a pagar a la sucesión de don Pedro Ochoa M. el servicio

prestado por la hacienda de San Nicolás o San Francisco, mencionada, con su faja de terreno, a razón de veinte pesos mensuales, desde el veintiséis de abril de mil novecientos catorce, hasta que el terreno de la hacienda sea desocupado y quiten el ferrocarril, etc., y se haga el pago, o la prestación de servicios que se pruebe durante el juicio.

"4° Que se condene a la Nación a pagar a la sucesión de don Pedro Ochoa el valor de cincuenta y una reses vacunas, de regular edad, calidad y estatura, que el tren ha matado a su paso por la hacienda, o al pago de los que se pruebe durante el juicio.

"5° Que se condene a la Nación a pagar a la sucesión de don Pedro Ochoa el perjuicio proveniente del daño emergente y lucro cesante, que consiste, entre otras cosas, en la división de la finca por mitad con la carrilera del tren, que impide a los animales por sí, y con la cerca, el fácil paso a beber al río Coello, que queda al Norte, y hace que los animales aguanten sed, se apesten y mueran.

"Subsidiariamente, y para el caso de que no prospere la petición segunda, o la primera, o ambas, de las principales, solicito que se condene a la Nación a pagar a la sucesión de don Pedro Ochoa, dentro del término legal, la suma de doscientos pesos moneda corriente, en que estimo la zona de terreno mencionada, o el valor que se pruebe en legal forma durante el juicio.

"2° Que se hagan las mismas declaraciones y condenaciones de que tratan las peticiones tercera, cuarta y quinta de la acción principal.

"3° Que al cercar la Nación la zona de terreno, está obligada a dejar un paradero en el kilómetro 28 de la hacienda, para cuando vayan a tomar o dejar el tren de ella mis mandantes y sus causahabientes, y a dejar en la cerca tres pasos para el ganado, de 10 o más metros de largo, uno en el centro y dos en los extremos de la zona de terreno de la hacienda de San Nicolás."

Los fundamentos de hecho de la demanda se expusieron como sigue:

"1° Don Pedro Ochoa adquirió el dominio y posesión de su hacienda de San Nicolás o San Francisco, por adquisición de varios lotes de terreno, por actos y contratos que constan en los instrumentos que acompañó, los cuales vinieron a formar un solo globo que tiene los siguientes linderos:

'Por el lado oriental, con tierras que fueron de Elvira Perdomo de Castilla, hoy de Enrique Lara, Victorino Mendoza y Santos Torres, con un mangón que fue de Sacramento C. de Ochoa, hoy de Joaquín García, y con terrenos de la sucesión de Clemente Calderón; por el lado sur, con tierras de Eustasio Garzón, Patrocinio Sánchez, Baldomero Ochoa, Felipe Varela, otra vez Baldomero Ochoa, Gregorio Castro y Cipriano Barrios; por el lado occidental, con tierras de Inocencio Medina, de la mortuoria de Carmen Medina, de la mortuoria de Céllico Meneses, de la mortuoria de Francisco Guayara, de la mortuoria de Atanasio Guzmán, de Luis Sáiz, otra vez la mortuoria de Atanasio Guzmán y de Andrés Guzmán, y por el lado norte, con las aguas del río Coello, hasta el punto de colindancia con los terrenos de Virginia Ochoa y Quintín Hernández.'

"2° La Nación, de hecho, por medio de sus agentes, el veintiséis de abril de mil novecientos catorce, ocupó y dividió en dos partes la hacienda de San Nicolás con la carrilera del ferrocarril del Tolima, entre el Espinal y Chico-

ral, poniendo traviesas, rieles, haciendo zanjas, alcantarillas, etc., etc., entre los kilómetros 27 a 28, que se encuentran clavados en el terreno, más 387 metros 80 centímetros hacia el Oriente y 34 metros 60 centímetros hacia el Occidente.

"3° El Gobierno de la Nación ocupó la hacienda de San Nicolás, de don Pedro Ochoa, sin que hubiera mediado contrato de ninguna clase, y, por tanto, hoy ya no puede expropiar.

"4° Las máquinas, locomotoras y trenes han muerto muchos animales a su paso por la hacienda dicha.

"5° Don Pedro Ochoa Medina contrajo legítimas nupcias con la señora Sacramento Cortés, según aparece de la partida respectiva de origen eclesiástico. Esta señora, María de Rodríguez y Primitivo Góngora y Aquilino Rodríguez son mayores de edad y vecinos del Espinal.

"6° Don Pedro Ochoa reconoció por su hija habida antes del matrimonio, a María de los Angeles Gómez, esposa de Aquilino Rodríguez, como aparece del instrumento número 112, de ocho de marzo de mil novecientos seis, de la Notaría del Guamo, que acompaño. También la partida citada.

"7° Don Pedro Ochoa murió en el Espinal, según la partida de defunción acompañada.

"8° El mencionado señor Ochoa Medina hizo su testamento según el instrumento número 491, de primero de julio de mil novecientos diez y nueve, ante el Notario del Guamo, última voluntad, en la cual dispuso que se dieran a su esposa, señora Sacramento Cortés, sus gananciales y aportes matrimoniales, e instituyó por sus herederos a la señora María de los A. Ochoa de Rodríguez y al Seminario Conciliar de la Diócesis de Ibagué, a quien lo representa el Ilustrísimo señor Obispo doctor Pedro María Rodríguez A."

La causa o razón de la demanda, dijo el demandante, estriba en que "la sucesión es dueña del predio de San Nicolás, ocupado por el ferrocarril del Tolima, de la Nación; zona de terreno que debe volver a sus dueños con el valor del servicio prestado, el de los animales muertos, perjuicios, etc."

Como disposiciones pertinentes se invocaron las del Título 12, Libro 2°, del Código Civil; Títulos 26 y 34, Libro 4°, del mismo; artículo 1613, siguientes y concordantes de la obra citada; Títulos XI y XII del Código de Organización Judicial, y Título IX del Código Judicial.

Impuesto de la demanda el Fiscal del Tribunal, la contestó, oponiéndose a las peticiones, tanto principales como subsidiarias, y en materia de hechos dijo:

"1° Niego este hecho para que los demandantes lo prueben plenamente e identifiquen la llamada hacienda de San Nicolás o San Francisco, en que dicen que existe una faja de terreno ocupada por el ferrocarril del Tolima, por los títulos que invocan como adquisitivos del dominio por parte de Pedro Ochoa.

"2° No me consta.

"3° No me consta en la cuestión de hecho, y lo niego en las de derecho que envuelve también.

"4° No me consta.

"5° Lo acepto en cuanto se refiere al matrimonio de Pedro Ochoa. En lo demás no me consta.

"6° Es cierto en lo del reconocimiento de María de los Angeles Gómez. Pero ignoro a qué se refiere la parte que dice: 'también la partida citada.'

"7° Es cierto.

"8° Es cierto en lo referente a testamento y disposiciones testamentarias. No me consta en lo demás."

Surtida la primera instancia, sobrevino la sentencia de diez y nueve de mayo de mil novecientos treinta, por la cual se condena a la Nación a pagar, dentro de seis días de notificado el fallo, a la sucesión de Pedro Ochoa, por concepto de valor de la zona de terreno ocupada por el ferrocarril del Tolima, en la hacienda de San Nicolás o San Francisco, por los perjuicios provenientes de tal ocupación, inclusive el servicio prestado con la faja de terreno expresada, y diez reses muertas por los trenes del ferrocarril, la suma de mil doscientos cincuenta y nueve pesos con noventa centavos (\$ 1,259-90), y se absolvió respecto de las demás prestaciones demandadas.

A virtud de apelación interpuesta por una y otra parte contra el anterior fallo, han subido los autos a la Corte, donde, habiéndose surtido la tramitación propia de la segunda instancia en esta clase de juicios, se procede a dictar el fallo que en derecho corresponde.

El señor Procurador opuso en su alegato de conclusión la excepción perentoria de petición de un modo indebido, fundada en el hecho de haberse demandado para la sucesión del señor Pedro Ochoa, y no pertenecer la hacienda de San Nicolás, de que hace parte la zona de terreno ocupada por la Empresa del Ferrocarril del Tolima, a la expresada sucesión, sino a la sociedad conyugal formada por el matrimonio del nombrado Ochoa con la señora María Sacramento Cortés.

A efecto de resolver lo concerniente a esta excepción, se tiene en cuenta:

De la copia del acta de matrimonio celebrado por el señor Pedro Ochoa con la señora Sacramento Cortés, expedida por el Cura de la parroquia del Espinal, aparece que dicho acto se verificó el nueve de agosto de mil ochocientos ochenta y dos.

El globo de terreno de San Nicolás, del cual hace parte la zona ocupada por la Empresa del Ferrocarril del Tolima, lo hubo el señor Pedro Ochoa por compra hecha a la señora Rosa Valdés viuda de Conde, conforme a escrituras públicas números cuatrocientos noventa y siete y cuatrocientos setenta y seis, de veintiocho de octubre de mil ochocientos noventa, y ocho de noviembre de mil ochocientos noventa y uno, otorgadas ambas ante el Notario del Circuito del Guamo. Este hecho se encuentra corroborado con la propia confesión del personero de la parte demandante, quien, en su alegato de conclusión de segunda instancia, dice:

"La sucesión mencionada es dueña del predio sobre el cual se encuentra la zona de terreno ocupada por la Nación con el ferrocarril del Tolima. En efecto: con los instrumentos números 497, de veintiocho de octubre de mil ochocientos noventa, y 476, de ocho de noviembre de mil ochocientos noventa y uno, de la Notaría del Guamo (folios 9 vuelto y 14 del cuaderno principal del Tribunal), está comprobado que don Pedro Ochoa compró el predio de San Nicolás, y con la diligencia de inspección ocular practicada por el señor Juez del Circuito del Espinal, quedó demostrado hasta la evidencia, que el predio sobre que versa este pleito o la zona de él, es el mismo o la misma ocupada por la Nación con el ferrocarril del Tolima."

La adquisición de la finca de San Nicolás, hecha por el señor Pedro Ochoa, en virtud de compra a la señora Valdés de Conde, conforme a los títulos atrás mencionados, se halla también confirmada con la inspección ocular practicada en el término probatorio de la primera instancia, diligencia en la cual, después de haberse

identificado los linderos de la hacienda de San Nicolás, se hizo constar que dentro del lote de terreno comprado por el señor Pedro Ochoa a la señora Rosa Valdés de Conde, está situada la zona que ocupa el ferrocarril del Tolima con acequias, vallados, terraplenes, durmientes y rieles.

De lo hasta aquí establecido resulta que la referida hacienda de San Nicolás fue adquirida a título de compraventa por el mencionado señor Ochoa, durante el matrimonio de éste con la señora Sacramento Cortés, y que en tal virtud dicho inmueble pertenece al haber de la sociedad conyugal formada por el antedicho matrimonio, ya que con arreglo al ordinal 5° del artículo 1781 del Código Civil, entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal todos los bienes que cualquiera de los dos cónyuges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso.

No habiéndose presentado la prueba de que la prenotada sociedad conyugal haya sido liquidada, debe presumirse que permanece ilíquida, y que a ella pertenece el inmueble de que se trata, tanto más cuanto que entre los hechos fundamentales de la demanda no se cuenta el de haberse efectuado la indicada liquidación, sino que, antes bien, del contexto general de la demanda se deduce que aquélla no se ha llevado a cabo, y que el único título de dominio que se invoca en favor de la sucesión del señor Pedro Ochoa, es la compra hecha por éste a la señora Rosa Valdés de Conde durante la existencia de la sociedad conyugal antes mencionada.

Síguese de lo dicho que es fundada la excepción que se considera, una vez que en la demanda se pide que se declare que la faja de terreno de la hacienda de San Nicolás, ocupada actualmente por el ferrocarril del Tolima, pertenece a la sucesión del señor Pedro Ochoa, y que las demás declaraciones que en dicha demanda se impetran, tanto principales como subsidiarias, sean hechas a favor de la expresada sucesión, y no a favor de la sociedad conyugal ilíquida Ochoa-Cortés..

La consideración que precede es de suyo suficiente para desatar la litis en favor de la parte demandada, ya que se trata de una excepción que abarca toda la demanda, y que enerva en su totalidad las acciones en ella ejercitadas en la forma en que han sido propuestas.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de petición de un modo indebido opuesta por el señor Procurador General, y en tal concepto absuelve a la Nación de todos los cargos deducidos en la demanda.

Cópiese y notifíquese este fallo, publíquese en el órgano de la Corte y devuélvase el proceso.

LUIS F. ROSALES—Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Enrique A. Becerra.

El suscrito estima que la sentencia de primera instancia, dictada por el Tribunal Superior de Ibagué, ha debido considerarse en el fondo, ya que, según su criterio, la excepción de petición de modo indebido no aparece demostrada; aserto que funda en las siguientes razones:

Es evidente que la propiedad de la faja de terreno cuyo valor se demanda, fue adquirida durante la sociedad conyugal de los señores Ochoa M. y María Sacramento Cortés, y que, por consiguiente, ese valor pertenece tam-

bien a dicha sociedad, que está ilíquida. Empero, de este hecho no se sigue que los herederos testamentarios y la cónyuge sobreviviente no puedan demandar la efectividad de ese valor, obrando en nombre de la sucesión, y que se afirme que para poder hacer efectiva su acción, tengan que demandar en nombre de la sociedad conyugal.

La sola consideración de que los herederos del marido muerto lo representan en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, me obliga a creer que puedan demandar en nombre de la sucesión para cobrar una deuda, desde luego que ellos, representando las obligaciones que el marido muerto tiene en su carácter de administrador que fue de la sociedad conyugal disuelta por su muerte, deben hacer efectivas esas deudas, precisamente para responder con ellas de las obligaciones correlativas del derecho de la cónyuge sobreviviente. Y también porque, según el artículo 1398 del Código Civil, si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes pertenecientes a otras personas por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge, etc., se procederá en primer lugar a la separación de patrimonios; y para realizar esta separación o liquidación es necesario conocer cuáles son esos bienes que deben separarse, y llevar a la masa de bienes de la sucesión todos aquellos de que el marido muerto sea responsable, haciendo uso de acciones tales como la de que aquí se trata, y para obtener su efectividad y determinar con precisión esa misma responsabilidad. Y si se niega el derecho a esas acciones, se pone en imposibilidad a los herederos de hacer aquella liquidación, separación o partición, y de modo indirecto se le desconoce a la entidad jurídica sucesión, la obligación en que está de responder a la sociedad conyugal de los resultados de la administración del marido.

Además, la acción ejercitada en estos casos, en nombre de la sucesión, tiende a realizar los objetivos que persiguen los artículos 1825, 1826, 1829 y 1830 del Código Civil, según los cuales, para proceder a la liquidación de la sociedad conyugal debe formarse, mediante acumulación, el acervo común para que cada cónyuge por sí o por sus herederos, tenga derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan y los precios, saldos o recompensas que constituyan el resto de su haber; pudiendo la mujer hacer las deducciones que le correspondan sobre los bienes propios del marido. Lo que quiere decir que el marido, en último término, responde con sus bienes propios, o sus herederos en su lugar responden con los mismos bienes de los resultados de la administración de la sociedad conyugal; o en otros términos: que los herederos, por obra de la sucesión del marido y respecto de la cónyuge supérstite, quedan obligados en la liquidación de la sociedad; obligación que les da derecho a perseguir, como sucesores, el activo de la sociedad, para responder con él del pasivo de la misma.

Y no obsta que se trate de dos comunidades más o menos universales ambas, porque la responsabilidad del marido muerto, que se transmite a sus herederos y respecto de la sociedad conyugal, hace que la sucesión sea una persona jurídica más comprensiva en sus derechos y obligaciones que la misma sociedad conyugal.

Estas las razones que me obligan a disentir de la opinión de mis distinguidos colegas.

Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos treinta y uno.

Enrique A. Becerra—Rosales—Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, julio quince de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

El señor Juez de Rentas Nacionales del Atlántico, en ejercicio de la jurisdicción coactiva de que está investido, y por providencia de fecha tres de julio de mil novecientos treinta, libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra Cohen Castel Johnson & Co., de Barranquilla, por la suma de doscientos setenta pesos con ochenta y cinco centavos (\$ 270-85), por los intereses de la mora sobre dicha suma, a razón del uno por ciento (1 por 100) mensual, y por las costas de la ejecución.

Base del mandamiento ejecutivo fue la liquidación adicional de derechos de aduana, ordenada por la Contraloría General de la República.

En el acto de la notificación, el representante de la Sociedad ejecutada, señor Salvador Sassan, interpuso recurso de apelación contra el mandamiento de pago, y concedido que le fue, subieron los autos a esta Sala de la Corte, donde, después de tramitado el negocio, se procede a decidir lo que se estima legal.

El señor Procurador General de la Nación, al contestar el correspondiente traslado, lo evacuó en estos términos:

"Los documentos que sirven de recaudo ejecutivo revisten en su forma externa todos los requisitos que señala el ordinal 2º del artículo 1096 del Código Judicial, para que prospere la acción ejecutiva.

"Conforme al artículo 8º de la Ley 103 de 1928, sobre contrabando y régimen aduanero, el Contralor General sólo podrá modificar las liquidaciones de las aduanas y ordenar por este concepto devoluciones o reintegros, dentro del término que señala el artículo 80 de la Ley 42 de 1923, la cual estatuye que el Contralor estudiará, observará o fenecerá las cuentas de los responsables del Erario, en un término que no exceda de noventa (90) días.

"Para invalidar el mandamiento ejecutivo por ese motivo, la Sociedad ejecutada ha debido probar que la glosa formulada por la Contraloría se hizo cuando ya habían transcurrido noventa días después de haberse recibido en esa Oficina las cuentas del Administrador de la Aduana de Barranquilla.

"Pero esa circunstancia no se ha probado, ni existe en el expediente el menor dato que pueda establecerla.

"Campo le queda a la Sociedad ejecutada para probarla en el término de las excepciones. A la Corte no le compete por ahora sino examinar si el documento que sirve de recaudo ejecutivo reviste las formalidades externas que exige la ley, y eso es indiscutible en el presente caso."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes el auto materia del presente juicio.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

LUIS F. ROSALES—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXIX

Bogotá, julio 31 de 1933.

Número 1880

Director, FERNANDO GARAVITO A.,
Relator de la Corte.

CORTE PLENA

INFORME

del señor Magistrado doctor Parmenio Cárdenas, aprobado por la Sala Plena, en sesión del día 7 de abril de 1933.

El doctor Eduardo Serna, en su carácter de apoderado de los doctores Valerio Ramírez Urrea, José María Vellila, Joaquín García Rojas y Belisario Agudelo, quienes se consideran menoscabados en sus derechos por estar desempeñando actualmente el cargo de Magistrados del Tribunal Superior de Medellín, con motivo de las nuevas ternas que formó la Asamblea del Departamento de Antioquia, en extenso memorial solicita que la Corte se abstenga "de verificar el nombramiento de Magistrados del Tribunal Superior de Medellín a que os incita la Asamblea de Antioquia, al enviaros las nuevas ternas de Magistrados."

Como argumentos principales para fundar su petición, expone los siguientes:

"1° Que si bien se decretó la nulidad de las ternas formadas por la Asamblea Departamental de Antioquia para Magistrados de ese Tribunal en el año de mil novecientos treinta y uno, no se ha decretado, por no haberse intentado acción alguna sobre el particular, la elección de Magistrados que de esas ternas llevó a cabo la Corte en el mes de abril del año mencionado.

"2° Que el término para pedir la nulidad de esa elección, llevada a cabo por la Corte, ya venció, por haber transcurrido los noventa días de que trata el artículo 200 de la Ley 85 de 1916, y que, por tanto, 'estando prescrita ya la acción, esos nombramientos quedaron ya en firme, sin que autoridad alguna los pueda revisar, dada la omisión en que incurrieron quienes se han interesado en la nulidad de las ternas.'

"3° Que hechos los nombramientos por la Corte, 'los nombrados tomaron oportunamente posesión ante el Gobernador, como lo acredito con las actas de posesión que acompaño. A consecuencia de esto, según lo enseña el artículo 6° de la Ley 105 de 1931, el empleo de Magistrado lo adquirió plenamente cada uno de los nombrados, y adquirido el empleo no habiéndose declarado la nulidad del nombramiento—sólo puede perderse por algunas de las causales que señala el artículo 13 de la Ley citada, y no ha habido sentencia ejecutoriada que decrete la destitución de ninguno de los nombrados, ni se ha presentado ninguno de los demás casos que contempla dicha disposición.

Esta adquisición del empleo de Magistrado—continúa el doctor Serna—está garantizada por el artículo 160 de la Constitución. Luego se tiene un derecho adquirido, que de acuerdo con el artículo 31 de la misma, debe ser respetado, de tal manera que ninguna ley puede desconocer ni vulnerar.'

"4° Para perder algún cargo de Juez o Magistrado, 'dentro del período legal, tiene que haberse ocasionado la vacante, y la vacancia sólo ocurre en los únicos casos que contempla el artículo 13 citado; y aquí no se trata de insubsistencia del nombramiento, porque el artículo 5° de la misma Ley no trae la causal de nulidad de las ternas, con motivo para declarar la insubsistencia del nombramiento, menos aún cuando éste está seguido de la posesión.'

"Agrega el doctor Serna, en relación con este punto, lo siguiente:

'No cabe argüir que la nulidad de las ternas acarrea la nulidad de los nombramientos. Se trata de dos actos ejecutados por corporaciones distintas, en cumplimiento de funciones específicamente señaladas a cada una de ellas, a saber:

'Primero. La Asamblea elige ternas; y

'Segundo. la Corte nombra Magistrados.

'Aquel acto, esto es, la elección de ternas, está bajo la jurisdicción de lo Contencioso, en dos instancias; mientras que de la nulidad del nombramiento que hace la Corte, conoce el Consejo de Estado, con jurisdicción privativa, y en una sola instancia, siempre que el acto sea acusado dentro de los noventa días que señala el artículo 200 de la Ley 85 de 1916. Luego con la ley en la mano se destruye aquel razonamiento, que no tiene más fundamento que una deducción simplista.'

'Tan cierto es esto, que no se encuentra en el Código disposición alguna que diga que la nulidad de las ternas acarrea la de la elección, y por el contrario, se ve que el legislador quiso que no fuera así, pues para evitar toda duda en el caso que quiso que una nulidad previa acarrearla la nulidad del acto posterior consecuencial, lo digo. En el artículo 198 del Código de Elecciones se lee: 'cuando se declare nula la elección de los Consejeros Electorales hecha por una Asamblea Departamental, queda de derecho nula la elección de Senadores, si se hubiere hecho.'

'Si en el ánimo del legislador hubiera estado que en todos los casos análogos a ésta la nulidad se efectuase de pleno derecho, habría dictado una disposición de carácter general, y no habría legislado para el caso especialísimo de la nulidad de Consejeros y la consecuencial nulidad de la elección de Senadores.'

"Se considera:

"Los motivos y efectos de la nulidad de las ternas y los que se derivan de la nulidad de la elección hecha por

la Corte, pueden no ser los mismos. En el primer caso se aplica el principio de que, siendo nula la causa, son nulas las consecuencias: *'sublata causa, tollitur effectus.'* La Corte no puede cumplir su misión de elegir sino sobre una terna; si ésta tiene un vicio que la hace desaparecer, el nombramiento que, con base en ella se ha hecho, queda necesariamente sin valor. Y esto es así, porque aun cuando la sentencia que anule la terna se ejecute con posterioridad a la designación que haya hecho la Corte, tal nulidad surte sus efectos, no a partir de esa ejecutoria, sino a partir del acto mismo que se declara nulo.

"A propósito de los distintos efectos que se producen de la nulidad o de la inexecutable, por ejemplo, ha dicho la Corte en repetidas ocasiones que la primera invalida el acto desde su origen, lo cual tiene aplicación en el presente caso, en que se trata de un solo proceso electoral, que principia con la formación de la terna y termina con la elección que lleva a cabo la Corte.

"De suerte que la circunstancia de que hubiera mediado elección por la Corte, en nada altera, modifica o cambia la situación jurídica que resulta o debe resultar de la nulidad de las ternas, mejor dicho, por el hecho de esa elección no se subsana lo que en principio es nulo.

"Puede suceder que no exista motivo alguno de nulidad en la elección que haga la Corte, y si en la elección de la terna; en ese caso no se ve la razón para que haya necesidad de demandar ambas cosas, sobre todo si se tiene en cuenta que la elección verificada por la Corte constituye, como ya se dijo, un segundo acto en el proceso electoral, que está íntima, directamente relacionado con el hasta cierto punto principal, que cumple la respectiva Asamblea Departamental, de llenar la función de presentar la terna.

"La elección fue llevada a cabo entonces por la Corte, no obstante estar cursando el juicio de nulidad de las ternas, por no existir motivo legal para suspender la designación, pero naturalmente, quedando sujeta a los resultados de aquel juicio.

"Si se exigiera, como pretende el doctor Serna, que en un caso como el actual hubiera necesidad de demandar tanto la nulidad de las ternas como la de la elección verificada por la Corte, para que esa nulidad tuviera plena eficacia, podría hacerse nugatoria esa acción; pues es bien sabido que la demanda para la nulidad de las primeras debe presentarse dentro de los cuatro días siguientes al en que se hayan hecho, y como dentro de ese angustioso plazo es imposible que la Corte elija, elección que puede demorarse por cualquier causa, y que puede estar libre de toda tacha en sí misma, el juicio primitivo y fundamental tendría que subordinarse a contingencias futuras, sin necesidad y sin motivo.

"El derecho que tiene un Magistrado de Tribunal para conservar su puesto durante el respectivo periodo, y salvo los casos de inhabilidad, pérdida o suspensión que prevén la Constitución y la ley, no dependen del solo hecho de la elección que haga la Corte, seguida de la respectiva posesión; para que tal cosa sucediera, se necesitaría que la Corte tuviera facultad de hacer el nombramiento directamente, tal como se han pretendido reformar las disposiciones vigentes. Mas como esa elección la verifica la Corte con base en la terna que da la Asamblea, necesariamente tiene que estar subordinada su elección a los resultados del juicio de nulidad de las ternas, cuando tal juicio se inicia; y que en el presente

caso ese juicio se inició antes de la elección por la Corte y de la respectiva posesión, es cosa evidente.

"En esa situación no cabe alegar derechos adquiridos, porque éstos se respetan cuando existe justo título con arreglo a las leyes civiles, mas no cuando tal título no existe en sus orígenes, y a ello equivale la nulidad declarada por la jurisdicción contencioso administrativa.

"Por último, el hecho de que en disposición que hoy no tiene aplicación, por haberse suprimido los Consejos Electorales, se hubiera dispuesto que en caso de nulidad de la elección de éstos, quedaba de derecho nula la elección de Senadores, si se hubiera hecho, sólo significa que el legislador quiso, especial y expresamente, consignar esa declaración, para evitar en todo caso los inconvenientes de que en un momento dado pudiera presentarse en el Senado de la República una doble representación. Mas tal declaración no significa que en los demás casos, y por cierto muy distintos, la nulidad de las ternas quede sin producir efecto alguno por no haberse pedido la nulidad de la elección hecha por la Corte.

"Advierte la Corte que se ha visto en la necesidad de entrar en las consideraciones anteriores, no para declarar nulidades de carácter electoral, que a ella no le corresponde, sino para concluir, como concluye en la parte resolutive, que no puede abstenerse de cumplir la función constitucional de elegir, en acatamiento a la sentencia pronunciada por la jurisdicción contencioso administrativa, en presencia de las ternas que, por consecuencia de ese fallo, le fueron enviadas por la Asamblea de Antioquia, y para cumplir la obligación de resolver la petición elevada por el doctor Eduardo Serna.

"En virtud de lo expuesto, vuestra Comisión tiene el honor de proponeros:

"Digase al memorialista que la Corte no encuentra motivo legal alguno para abstenerse de elegir Magistrados principales para el Tribunal de Medellín, de acuerdo con las ternas que con tal fin le fueron enviadas por la Asamblea de Antioquia.

"Publíquese en la Gaceta Judicial."

El Magistrado doctor Arango, que aprobó la parte resolutive, manifestó que no le daba su voto afirmativo a la parte motiva.

El Magistrado doctor Becerra dejó la siguiente constancia:

"El suscrito Magistrado hace constar que le da su voto negativo a lo resuelto por la mayoría de la Corte, en relación con la solicitud hecha por el señor doctor don Eduardo Serna R., porque estima que dicha resolución decide acerca de una controversia cuyo conocimiento corresponde al Consejo de Estado."

ACTA

de la sesión extraordinaria del 21 de abril de 1933.

(Presidencia del Magistrado doctor Cárdenas).

Reunidos todos los Magistrados, a excepción del Magistrado doctor Luzardo Fortoul, que se halla en uso de licencia presidencial, y del Magistrado suplente doctor Díaz, se abrió la sesión a las tres de la tarde.

Actuó el suscrito Secretario.

Leída el acta de la sesión ordinaria de ayer, fue aprobada.

Siendo el día y hora señalados para verificar la elección de Magistrados principales del Tribunal de Mede-

lín y de suplentes de éste y otros Tribunales de la República, se procedió a ello, así:

Tribunal de Bogotá—Sala de lo Civil.

La Presidencia nombró escrutadores a los Magistrados doctores Arango y González Torres, quienes anunciaron este resultado:

1ª terna:

Por el señor doctor Carlos Espinel, 10 votos.

2ª terna:

Por el señor doctor Sinforoso Barrios, 10 votos.

3ª terna:

Por el señor doctor Fernando Anzola, 10 votos.

4ª terna:

Por el señor doctor Carlos José Medellín, 10 votos.

5ª terna:

Por el señor doctor Benjamín Acosta Sánchez, 10 votos.

6ª terna:

Por el señor doctor Manuel A. Iregui, 10 votos.

Habiendo obtenido unanimidad todos los que acaban de expresarse, la Corte los declaró legalmente electos suplentes de los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para el próximo período.

7ª terna:

Al hacer la elección correspondiente a esta terna, el doctor Trujillo Arroyo pidió permiso para abstenerse de votar, y la Corte se lo concedió.

Los Magistrados escrutadores citados anunciaron el siguiente resultado:

Por el señor doctor Rafael Ignacio García, 6 votos.

Por el señor doctor Gualberto Rodríguez Peña, 2 votos.

En blanco, un voto.

No habiendo obtenido mayoría absoluta ninguno de los dos candidatos mencionados, se repitió la votación, y se obtuvo este resultado:

Por el señor doctor Rafael Ignacio García, 6 votos.

Por el señor doctor Gualberto Rodríguez Peña, 2 votos.

En blanco, un voto.

Por tratarse de segunda votación, la Corte resolvió acumular el voto en blanco al candidato que había obtenido mayor número, y, en consecuencia, se declaró al doctor Rafael Ignacio García legalmente electo suplente del Tribunal de Bogotá, por la séptima terna de la Sala de lo Civil, y para el próximo período.

Sala de lo Criminal.

1ª terna:

Se dejó para luego la elección correspondiente a esta terna.

2ª terna:

Por el señor doctor Carlos Julio González, 10 votos.

3ª terna:

Por el señor doctor Luis V. Angel y A., 10 votos.

4ª terna:

Por el señor doctor Luis Gutiérrez Jiménez, 9 votos.

Por el señor doctor Gustavo Montero, un voto.

Habiendo obtenido unanimidad los doctores González, Angel y A., y mayoría absoluta el doctor Gutiérrez Jiménez, la Corte los declaró legalmente electos suplentes del Tribunal de Bogotá, Sala de lo Criminal, y para el próximo período.

Tribunal de Buga.

Los mismos escrutadores publicaron el siguiente resultado:

1ª terna:

Por el señor doctor Lisandro Paláu R., 10 votos.

2ª terna:

Por el señor doctor Jorge Cedeño, 10 votos.

3ª terna:

Por el señor doctor Luis Angel Tofiño, 10 votos.

4ª terna:

Por el señor doctor Daniel Potes Lozano, 9 votos.

Por el señor doctor Primitivo Crespo, un voto.

Habiendo obtenido unanimidad los doctores Paláu R., Cedeño y Tofiño, y mayoría absoluta el doctor Potes Lozano, la Corte los declaró legalmente elegidos suplentes de los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, para el próximo período.

En este momento, siendo las cuatro y cuarto de la tarde, entró a la sesión el Magistrado suplente doctor Díaz.

Se procedió en seguida a elegir el suplente correspondiente a la primera terna de la Sala de lo Criminal de Bogotá, que había quedado pendiente. Los escrutadores dieron cuenta del siguiente resultado:

Por el señor doctor Justo Díaz Rodríguez, 8 votos.

Por el señor doctor Carlos Eduardo Acosta, 2 votos.

Por el señor doctor Otto Barrios Guzmán, un voto.

Habiendo obtenido mayoría absoluta el doctor Díaz Rodríguez, la Corte lo declaró legalmente electo suplente del Tribunal arriba nombrado, para el próximo período.

Tribunal de Cali—Sala de lo Civil.

1ª terna:

Por el señor doctor Jorge E. Velasco, 11 votos.

2ª terna:

Por el señor doctor Eloy Zea Rocha, 11 votos.

3ª terna:

Por el señor doctor Julio Albán Plata, 11 votos.

Habiendo obtenido unanimidad los expresados señores, la Corte los declaró legalmente electos suplentes de los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para el próximo período.

Sala de lo Criminal.

1ª terna:

Por el señor doctor Ricardo Jordán Jiménez, 11 votos.

2ª terna:

Por el señor doctor Andrés J. Lenis, 8 votos.

Por el señor doctor Gregorio Sánchez G., 3 votos.

3ª terna:

Por el señor doctor Antonio Saucedo Carrasquilla, 11 votos.

Habiendo obtenido unanimidad los doctores Jordán Jiménez y Saucedo Carrasquilla, y mayoría absoluta el doctor Lenis, la Corte los declaró legalmente electos suplentes de los Magistrados de la Sala de lo Criminal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para el próximo período.

Tribunal de Cartagena.

1ª terna:

Por el señor doctor Carmelo Saladén T., 10 votos.

Por el señor doctor Senén González Guerra, un voto.

2ª terna:

Por el señor doctor Jesús María Caballero, 11 votos.

3ª terna:

Por el señor doctor Esaú Conde Ribón, 11 votos.

4ª terna:

Por el señor doctor Clodomiro Herrera Meñaca, 11 votos.

5ª terna:

Por el señor doctor Remberto Burgos, 11 votos.

6ª terna:

Por el señor doctor Otoniel Escorcía, 11 votos.

Habiendo obtenido mayoría absoluta el doctor Saladén T., y unanimidad los demás candidatos mencionados, la Corte los declaró legalmente electos suplentes de los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, para el próximo periodo.

Tribunal de Neiva.

1ª terna:

Por el señor doctor Florentino Ramírez E., 11 votos.

2ª terna:

Por el señor doctor Roberto Calcedo, 11 votos.

3ª terna:

Por el señor doctor Enrique Millán O., 11 votos.

4ª terna:

Por el señor doctor José C. Gutiérrez, 11 votos.

Habiendo obtenido unanimidad todos los que acaban de ser nombrados, la Corte los declaró legalmente electos suplentes de los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, para el próximo periodo.

Tribunal de Medellín.

Principales:

La Presidencia designó escrutadores a los Magistrados doctores Díaz y Trujillo Arroyo, quienes publicaron los siguientes resultados:

Sala de lo Civil.

1ª terna:

Por el señor doctor Estanislao Zuleta Ferrer, 11 votos.

2ª terna:

Por el señor doctor José Luis Molinà, 11 votos.

3ª terna:

Por el señor doctor Alfredo Cock, 9 votos.

Por el señor doctor Germán Orozco Ochoa, un voto.
En blanco, un voto.

4ª terna:

Al ir a verificarse la elección correspondiente a esta terna, el Magistrado doctor Hernández pidió permiso para no votar, el que le fue concedido por la Corte.

El escrutinio dio lo siguiente:

Por el señor doctor Aquileo Calle H., 10 votos.

Habiendo obtenido unanimidad los doctores Zuleta Ferrer y Molina, y mayoría absoluta los doctores Cock y Calle H., la Corte los declaró legalmente electos Magistrados principales del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la Sala de lo Civil, y para el resto del presente periodo legal.

Sala de lo Criminal.

Principales:

1ª terna:

Por el señor doctor Pedro P. Betancourt, 11 votos.

2ª terna:

El Magistrado doctor Trujillo Arroyo solicitó y obtuvo de la Corte permiso para no votar en esta ocasión.

El escrutinio puso de manifiesto:

Por el señor doctor Bernardo Ceballos, 10 votos.

3ª terna:

Por el señor doctor Luis Sierra H., 9 votos.

Por el señor doctor Anibal Cuartas V., 2 votos.

4ª terna:

Por el señor doctor Campo Elias Aguirre, 11 votos.

Por haber obtenido unanimidad los doctores Betancourt y Aguirre, y mayoría absoluta los doctores Ceballos y Sierra H., la Corte los declaró legalmente electos Magistrados principales del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la Sala de lo Criminal, y para el resto del periodo legal en curso.

5ª terna:

Por ser avanzada la hora (5 y 35 p. m.), la Corte resolvió levantar la sesión, y dispuso continuar las elecciones, que quedan pendientes, el lunes próximo.

El Presidente, PARMENIO CARDENAS—El Secretario, Augusto N. Samper.

ACTA

de la sesión extraordinaria del 28 de abril de 1933.

(Presidencia del Magistrado doctor Parmenio Cárdenas).

A las cuatro menos quince minutos de la tarde se abrió la sesión, a la cual concurrieron todos los Magistrados, a excepción de los doctores Hernández y Trujillo Arroyo, con excusa, y el doctor Díaz, sin ella.

Actuó el suscrito Secretario.

Se leyó y fue aprobada el acta de la sesión ordinaria de ayer.

El Magistrado doctor Luzardo Fortoul pidió la palabra y propuso lo siguiente, que fue aprobado:

“Reconsidérese la votación referente a la quinta terna de la Sala de lo Criminal del Tribunal Superior de Medellín, y procédase a votar nuevamente.”

En consecuencia, se abrió la votación para esta terna, y la Presidencia nombró escrutadores a los Magistrados doctores Becerra y Martínez, quienes publicaron el siguiente resultado:

Por el señor doctor Gregorio Agudelo, 6 votos.

Por el señor doctor Mariano Sanín T., un voto.

En blanco, 2 votos.

No habiendo obtenido la mayoría requerida ninguno de los dos candidatos expresados, se repitió la votación con este resultado:

Por el señor doctor Gregorio Agudelo, 7 votos.

Por el señor doctor Mariano Sanín T., un voto.

En blanco, un voto.

Por haber obtenido mayoría absoluta el doctor Agudelo, la Corte lo declaró legalmente electo Magistrado principal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, correspondiente a la quinta terna de la Sala de lo Criminal y para el resto del periodo en curso.

El Magistrado doctor Arango pidió que en el acta se dejara constancia de que había dado su voto por el doctor Agudelo, en la elección que acababa de hacerse, por compromisos anteriores, y no porque creyera que los otros candidatos carecían de competencia y honorabilidad.

Se procedió en seguida a la elección de suplentes del mismo Tribunal de Medellín, y los escrutadores dieron cuenta del resultado que sigue:

Sala de lo Civil.

1ª terna:

Por el señor doctor Julio Muñoz S., 9 votos.

2ª terna:

Por el señor doctor Antonio Gómez C., 9 votos.

3ª terna:

Por el señor doctor Ignacio Naranjo Arango, 9 votos.

Habiendo obtenido unanimidad todos los que acaban de nombrarse, la Corte los declaró legalmente electos suplentes de los Magistrados de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, para el próximo período.

Sala de lo Criminal.

1ª terna:

Por el señor doctor Elías Medina, 9 votos.

2ª terna:

Por el señor doctor Germán Ocampo Berrio, 9 votos.

3ª terna:

Por el señor doctor Justiniano Araque, 9 votos.

4ª terna:

Por el señor doctor Juan Ortiz Villa, 9 votos.

5ª terna:

Por el señor doctor Obdulio Gómez, 9 votos.

Por haber obtenido unanimidad los candidatos expresados, la Corte los declaró legalmente electos suplentes de los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de lo Criminal, para el próximo período.

El Magistrado doctor Becerra propuso, y la Corte aprobó, el siguiente orden para los suplentes del Tribunal de Medellín:

Sala de lo Civil.

Mayoría conservadora.

1º Antonio Gómez C.

2º Julio Muñoz S.

3º Ignacio Naranjo.

Unico de la minoría: Bernardo Toro.

Sala de lo Criminal.

Mayoría conservadora.

1º Elías Medina.

2º Justiniano Araque.

3º Germán Ocampo B.

Minoría.

1º Juan Ortiz Villa.

2º Obdulio Gómez.

A moción del mismo Magistrado doctor Becerra, la Corte fijó el orden de los suplentes del Tribunal de Bogotá, así:

Sala de lo Civil.

Mayoría conservadora.

1º Benjamín Acosta Sánchez.

2º Manuel A. Iregui.

3º Rafael Ignacio García.

4º Fernando Anzola.

5º Carlos Espinel.

Minoría.

1º Carlos J. Medellín.

2º Sinforoso Barrios.

Sala de lo Criminal.

Mayoría conservadora.

1º Luis V. Angel y A.

2º Luis Gutiérrez Jiménez.

3º Carlos Julio González.

Unico de la minoría: Justo Díaz Rodríguez.

En este momento, siendo las cinco menos diez minutos, pidió permiso para retirarse el Magistrado Presidente doctor Cárdenas, y quedó presidiendo el Magistrado doctor Tafur A. en su carácter de Vicepresidente.

A la misma hora se retiró el Magistrado doctor González Torres.

A moción del Magistrado doctor Becerra, se fijó el orden de los suplentes de los Tribunales que a continuación se expresan:

Tribunal de Buga.

Mayoría.

1º Lisandro Paláu R.

2º Jorge Cedeño.

3º Luis Angel Tofiño.

Unico de la minoría: Daniel Potes Lozano.

Tribunal de Cali—Sala de lo Civil.

Mayoría.

1º Jorge E. Velasco.

2º Eloy Zea Rocha.

Unico de la minoría: Julio Albán Plata.

Sala de lo Criminal.

Mayoría.

1º Ricardo Jordán Jiménez.

2º Andrés J. Lenis.

Unico de la minoría: Antonio Saucedo Carrasquilla.

Tribunal de Cartagena.

Mayoría.

1º Carmelo Saladén T.

2º Jesús María Caballero.

3º Esaú Conde Ribón.

4º Clodomiro Herrera Meñaca.

Minoría.

1º Remberto Burgos.

2º Otoniel Escorcía.

Tribunal de Neiva.

Mayoría conservadora.

1º Roberto Caicedo.

2º Florentino Ramírez.

3º José C. Gutiérrez.

Unico de la minoría: Enrique Millán O.

El Magistrado doctor Arango propuso lo siguiente, que fue aprobado:

"Señálase el jueves próximo para la elección de suplentes de los Tribunales de Tunja y Santa Rosa de Viterbo."

A las cinco p. m. se levantó la sesión.

El Presidente, PARMENIO CARDENAS—El Secretario, Augusto N. Samper.

ACTA

de la sesión ordinaria del 4 de mayo de 1933.

(Presidencia del Magistrado doctor Cárdenas).

Con asistencia de todos los señores Magistrados y del suscrito Secretario, excepción hecha del Magistrado suplente doctor Díaz, que dejó de concurrir sin excusa, se abrió la sesión a las cuatro de la tarde.

Fue leída, y quedó debidamente aprobada, el acta de la sesión extraordinaria del veintiocho de abril próximo pasado.

Los Magistrados doctores Becerra y Cárdenas propusieron lo siguiente, que fue aprobado sin observación ninguna:

"Los Magistrados de la Corte Suprema presentan a su distinguido colega doctor José Joaquín Hernández y demás miembros de su distinguida familia, la expresión de su condolencia por la inesperada desaparición de su hermano, señor don Abraham Hernández, ocurrida recientemente en Medellín."

Inmediatamente después se procedió a la elección de los Magistrados suplentes de los Tribunales Superiores, cuyas ternas se hallan aquí en la Corte, y dio el resultado que a continuación se expresa:

Tribunal de Tunja—Sala de lo Civil.

Rafael Galán Medina.
Pablo Bernal Cadena.

Sala de lo Criminal.

Obdulio M. Galindo.
Cayetano Moreno Medina.
José Miguel Pinto.
Demetrio Suárez.
Alfonso Márquez Páez.

Verificado el escrutinio correspondiente por los Magistrados doctores Arango y Jiménez, designados escrutadores para toda la sesión, y resultando que los elegidos lo fueron por unanimidad, la Corte los declaró legalmente electos Magistrados suplentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, para el período ya en curso, y acto continuo se fijó el orden de prelación de los referidos suplentes, a propuesta del Magistrado doctor Becerra, que también quedó aprobada, así:

Sala de lo Civil.

1º Doctor Demetrio Suárez.
2º Doctor Rafael Galán Medina.

Unico de la minoría actual: doctor Pablo Bernal Cadena.

Sala de lo Criminal.

1º Doctor Alfonso Márquez Páez.
2º Doctor Cayetano Moreno Medina.
3º Doctor Obdulio M. Galindo.

Unico de la minoría actual: doctor José Miguel Pinto.

Tribunal de Santa Rosa de Viterbo.

Bernardo Galvis Álvarez.
José Antonio Reyes.
Luis A. Rincón C.
Alfredo Becerra.

Hecho el escrutinio, y por cuanto los mencionados señores fueron asimismo elegidos por unanimidad, se les

declaró legalmente electos Magistrados suplentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, para el período en curso. El Magistrado doctor Becerra propuso el orden de prelación de los suplentes nombrados, el cual fue aprobado, y es como sigue:

1º Doctor Alfredo Becerra.
2º Doctor Luis A. Rincón C.
3º Doctor Bernardo Galvis Álvarez.

Unico de la minoría actual: doctor José Antonio Reyes.

Tribunal de Ibagué.

Lisandro E. Carvajal.
Marco A. Vidales.
Crispín Andrade.
Nicolás González Torres.
Belisario Arciniegas.

El Magistrado doctor González Torres pidió al señor Presidente, y éste accedió a ello, que se hiciera constar en esta acta que él, aunque de los mismos apellidos de uno de los nombrados, no tiene con él parentesco ninguno.

Inmediatamente después, hecho el escrutinio del caso, y como informaran los escrutadores que los antes nombrados habían sido elegidos, también por el voto unánime de los Magistrados, la Corte los declaró legalmente elegidos suplentes de los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, para el período en curso; y entonces el Magistrado doctor Becerra sentó la siguiente moción, que fue aprobada, respecto del orden de prelación de los suplentes de que se trata, a saber:

Mayoría.

1º Doctor Crispín Andrade.
2º Doctor Lisandro E. Carvajal.
3º Doctor Marco A. Vidales.

Minoría.

1º Doctor Belisario Arciniegas.
2º Doctor Nicolás González Torres.

Y siendo las cinco y diez minutos de la tarde, se levantó la sesión.

El Presidente, PARMENIO CARDENAS—El Secretario, Augusto N. Samper.

Corte Suprema de Justicia — Corte Plena—Bogotá, no-
viembre siete de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En ejercicio de la acción popular que consagra el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, el señor doctor Hernando Uribe Cualla, en su calidad de ciudadano colombiano, y en demanda de fecha veinticuatro de agosto de este año, acusa como inconstitucional el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 60 de 1914, que textualmente dice:

"Las faltas temporales y las absolutas del primer Designado serán llenadas en el Consejo por el segundo Designado, al cual corresponde en este caso la Presidencia de la corporación."

Fundamento de la inconstitucionalidad alegada es el comentario que sigue:

"La disposición acusada quebranta y viola lo dispuesto en el artículo 1º del Acto legislativo número 1º de 1914, que dice;

‘Habrá un Consejo de Estado compuesto de siete individuos, a saber: el **primer Designado para ejercer el Poder Ejecutivo, que lo preside**, y seis Vocales nombrados como lo determine la ley. Los Ministros del Despacho tienen voz y no voto en el Consejo.’

‘Según este artículo constitucional, **únicamente** el primer Designado es miembro del Consejo de Estado, y tiene carácter de Presidente de la corporación. Al segundo Designado no le atribuyó el constituyente funciones algunas respecto del Consejo de Estado. Si hubiera querido atribuírselas, lo habría dicho expresamente como lo dijo para el primer Designado. El legislador, por mandato del citado artículo constitucional, sólo quedó autorizado para indicar la forma de nombramiento de los Vocales del Consejo de Estado, distintos de los Designados, pero en manera alguna para atribuírle funciones en relación con el Consejo de Estado, al segundo Designado.

‘Si las funciones del primer Designado con relación al Consejo de Estado fueron establecidas por la Constitución, ¿cómo es posible que las del segundo Designado las determine no la Constitución sino la ley, y precisamente en contra de lo ordenado por la Carta Fundamental?’

‘El segundo Designado tiene un título de acuerdo con la Constitución (artículo 26 del Acto legislativo número 3 de 1910) para ejercer el Poder Ejecutivo a falta del Presidente o del primer Designado, pero la facultad y el derecho de presidir el Consejo de Estado, a falta del primer Designado, ha surgido por virtud del artículo 1º de la Ley 60 de 1914, en la parte acusada, la cual es abiertamente inconstitucional. Espero que la honorable Corte de Justicia admitirá esta demanda, que tiene claros y terminantes fundamentos jurídicos, y la resolverá a la mayor brevedad posible.’

Admitida la demanda y oído el señor Procurador, este funcionario, en su vista de fondo, con fundamento en el artículo 5º del mismo Acto legislativo número 1º de 1914, concluye ‘que la Constitución dejó al arbitrio del legislador determinar cómo se ha de elegir el suplente del primer Designado en el ejercicio de sus funciones de Consejero, así como de los demás miembros del Consejo. Al disponer, pues, en el artículo 1º de la Ley 60 de 1914 la manera de determinarse el suplente del primer Designado para los efectos indicados, ejerció, por consiguiente, el Congreso, una clara atribución constitucional, y por lo tanto, dicho artículo no puede ser declarado inexecutable.’

Y agrega:

‘La mala apreciación del demandante está en considerar que el artículo 5º del Acto legislativo citado se refiere sólo a la elección y funciones correspondientes a los suplentes de los Vocales del Consejo de Estado, cuando expresamente se refiere a los suplentes de los miembros de dicho Consejo, entre los cuales está, según lo dispuesto en el artículo 1º, el primer Designado. La forma de elección de su suplente, constitucionalmente es atribución absoluta del legislador, quien así como pudo haber excogitado cualquier otro sistema para elegirlo, pudo, con todo derecho, determinar el que determinó en el artículo que al presente se acusa.

‘Por las razones expuestas me opongo a que declaréis inexecutable el artículo 1º de la Ley 60 de 1914.’

El actor, al tener conocimiento del dictamen del señor Procurador, se apresuró a replicarlo en estos términos:

‘El constituyente, en el mencionado artículo 5º del Acto legislativo de 1914, dispuso que la ley determinara el número de suplentes que deben tener los Consejeros, es decir, cuántos suplentes debe tener cada Consejero. El legislador resolvió en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 60 de 1914, que cada Consejero tendrá dos suplentes. Así quedó cumplido lo previsto por el constituyente en la parte primera del artículo 5º. En la parte segunda del mismo artículo 5º, el constituyente dijo que la ley determinaría ‘las reglas relativas al **nombramiento**, servicio y responsabilidad de los suplentes que deben tener los Consejeros.’ La ley dispuso en desarrollo de esa autorización expresa, que los dos suplentes de cada Consejero serán designados ‘en la misma forma y por la misma entidad que hace los nombramientos de los principales a quienes debe reemplazar.’ ¿Cómo se nombran los principales? El artículo 1º de la Ley 60 de 1914 lo establece claramente: tres Consejeros serán **nombrados** por el Senado y tres por la Cámara de Representantes. Por consiguiente, a virtud de lo que dispone el inciso 2º del mismo artículo 1º de la Ley 60 de 1914, los suplentes serán nombrados por el Senado, los que correspondan a los tres Consejeros principales elegidos por esa corporación, y por la Cámara de Representantes los que correspondan a los tres principales elegidos por dicha entidad. Pero en todo caso el legislador sólo estaba autorizado para determinar el número de suplentes y las reglas relativas a su nombramiento. El legislador no estaba autorizado para determinar quién sea el suplente del primer Designado, ni de ningún Consejero, sino simplemente estaba facultado para determinar las reglas relativas a su nombramiento. Un ejemplo aclarará la cuestión: el Congreso podía resolver que el suplente del primer Designado fuera elegido por el Senado, o por el Presidente de la República o por la Corte Suprema de Justicia, o por cualquiera otra entidad, delegando en alguien el derecho de **hacer el nombramiento**, pero no podía decretar por sí y ante sí que el suplente del primer Designado en el Consejo de Estado fuese un funcionario determinado, verbigracia, el segundo Designado o cualquier otro empleado.’

Para decidir lo que se estima adecuado a las normas constitucionales que se dicen violadas, la Corte avanza estas consideraciones:

Es evidente que, según la disposición constitucional transcrita del Acto reformativo de la Constitución, de 1914, el Consejo de Estado se compone de siete individuos, a saber: el primer Designado para ejercer el Poder Ejecutivo, que lo preside, y seis Vocales, nombrados como lo determine la ley. Empero, de que esto sea cierto, no se sigue que según dicho artículo constitucional, únicamente el primer Designado es miembro del Consejo de Estado y tiene carácter de Presidente de la corporación; conclusión ésta que deduce el acusador del concepto que tiene de que al segundo Designado no le atribuye el constituyente funciones algunas respecto del Consejo de Estado.

En primer lugar, del citado artículo 1º del Acto reformativo de la Constitución, de 1914, según sus voces, no puede concluirse que quede excluido el segundo Designado para ejercer la Presidencia del Consejo de Estado, cuando falta el primer Designado, porque según el artículo 126 de la Constitución, si el Encargado del Poder Ejecutivo tiene la misma preeminencia y ejerce las mismas atribuciones que el Presidente, cuyas veces desempeña, consecuentemente el Designado, en su condición de tal, bien se trate del primero o del segundo,

ejerce las mismas atribuciones; y si es atribución del primer Designado ejercer la Presidencia del Consejo de Estado, según el Estatuto dicho, esa misma atribución, desde el punto de vista constitucional, debe corresponder al segundo Designado, a falta del primero.

Por tanto, el artículo 1° de la Ley 60 de 1914 no ha hecho aplicación del artículo 5° del Acto legislativo del mismo año, como lo considera el demandante, sino que ha interpretado las disposiciones constitucionales que crearon dos Designados, con el fin obvio y natural de que el segundo llenará las faltas del primero, en sus funciones constitucionales y legales.

Así lo entendieron los legisladores de 1914, que contribuyeron con su voto a la expedición de la reforma constitucional del mismo año, y por ello se hallaban mejor capacitados para reconocer su alcance jurídico, cuando al dictar la Ley 60 de dicho año, en desarrollo del Acto reformativo mencionado, fundaron el artículo 1° de esta Ley, diciendo:

"Por el artículo 1° se determina la manera de cómo deben ser llenadas las faltas accidentales de los Consejeros, y se dispone que, como es natural, al primer Designado para ejercer el Poder Ejecutivo, lo reemplace, cuando llegue el caso, el segundo Designado, es decir, el mismo que, conforme a la Constitución, debe reemplazarlo, si llega el caso, en el desempeño de las más delicadas e importantes funciones de Jefe de Estado." (Informe de la Comisión del Senado para segundo debate del proyecto de ley sancionada bajo el número 60 de 1914. Archivo del Congreso, 1914, tomo IV).

Lo expuesto es suficiente para que la Corte Suprema, reunida en pleno, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declare, como en efecto declara, que no es inexecutable por inconstitucionalidad, como violatorio del artículo 1° del Acto reformativo de la Constitución de 1914 (10 de septiembre), el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 60 del mismo año.

Publíquese, cópiese y notifíquese; envíese compulsada auténtica de esta providencia al señor Ministro de Gobierno, insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente archívese la actuación.

JULIO LUZARDO FORTOUL—José Miguel Arango. Enrique A. Becerra—Parmenio Cárdenas—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Luis Felipe Rosales—Francisco Tafur A.—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

Por escritura número 166, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Medellín el veinticinco de enero de mil novecientos diez y ocho, las señoritas María o Mary y Elvira Uribe Echeverri, vecinas de Rionegro, por medio de apoderado debidamente constituido, vendieron a su hermano Ignacio Uribe E. "la acción o derecho o cuota hereditaria que a las otorgantes les corresponda o pue-

da corresponderles en la sucesión de su finada madre doña Ramona Echeverri." El precio de esa venta se fijó en siete mil pesos (\$ 7.000) oro legal, y se señaló el plazo de cuatro años, contados desde la fecha de la citada escritura, para el pago de esa suma, sobre la cual se obligó a pagar el comprador el interés del diez por ciento anual, estipulando a la vez varias modalidades para el pago de los intereses que se fueran devengando. Además, en la cláusula décima del mismo instrumento, quedó estipulado que "las vendedoras no podrían traspasar este crédito sin anuencia del comprador."

Tres meses y medio después de hecha esa venta o cesión (el diez de abril del mismo año), la señorita María o Mary Uribe Echeverri contrajo matrimonio con Ricardo Jaramillo V., y el siete de octubre del año citado, José J. Jaramillo B., padre de éste, lo interrogó en posiciones sobre algunas partidas de dinero que le debía, por suministros que le había hecho en efectivo para gastos personales antes de su matrimonio, por valor de ganados y otros efectos que le había entregado con autorización de venderlos, sin que Jaramillo V. le hubiera dado cuenta del producto de esas ventas, y por varias partidas de dinero que tuvo que pagar en calidad de fiador de este mismo señor, todo lo cual se refiere a épocas anteriores al referido matrimonio, a excepción de una partida de quinientos pesos, que acreedor y deudor hacen provenir de suministro de dinero que aquél le hizo a éste, de septiembre de mil novecientos diez y ocho hasta la fecha del pliego de posiciones. Las partidas en referencia arrojan un total de novecientos treinta y nueve pesos treinta y seis centavos (\$ 939-36) oro, que Jaramillo V. reconoció deber a su padre, absolviendo afirmativamente todas las peticiones formuladas por éste, lo que dio lugar a que, a petición de Jaramillo B., el Juzgado del Circuito de Rionegro, por auto de diez y siete de febrero de mil novecientos diez y nueve, librara mandamiento ejecutivo contra el expresado Jaramillo V., quien, requerido de pago por el Juez, dijo no tener con qué hacerlo, y denunció para que le fuera embargada la mitad de un crédito por siete mil pesos oro (\$ 7.000), en contra del señor Ignacio Uribe E., que consta en la escritura pública número 166, de veinticinco de enero de mil novecientos diez y ocho, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Medellín. Que como comprobante deja la escritura dicha y su partida de matrimonio con la señora María Uribe. Embargóse el crédito denunciado, que fue rematado por el ejecutante, por cuenta de su crédito, el treinta de mayo de mil novecientos diez y nueve.

El diez y ocho de agosto de ese mismo año fue sepultado, en la ciudad de Rionegro, el cadáver de María Uribe, casada con el ejecutado Jaramillo V., y la que, según reza la correspondiente partida eclesiástica, murió "a la edad de veinticuatro años, de enfermedad al corazón."

Abierto en el Juzgado 1° del Circuito de Rionegro el juicio de sucesión de esa finada, se inventarió como de propiedad de ella la referida mitad del crédito de siete mil pesos arriba expresado, a cargo de Ignacio Uribe Echeverri, y en la partición, que fue aprobada por auto de diez y siete de marzo de mil novecientos veintiuno, ese crédito (la mitad inventariada), avaluada en tres mil quinientos pesos, se distribuyó entre los únicos herederos declarados, que lo fueron Ignacio Uribe P., padre de la finada, a quien se le adjudicaron dos mil setecientos noventa y cuatro pesos con setenta y siete centavos (\$ 2.794-77) y Ricardo Jaramillo V., cónyuge sobrevivien-

te, a quien se le adjudicó en dicho crédito el valor de seiscientos sesenta y cinco pesos con veintiséis centavos (\$ 765-26).

Con estos antecedentes, el doctor Jorge Gartner, con poder de Ignacio Uribe P., en escrito o libelo de demanda, que fue repartido al Juzgado 3° en lo Civil del Circuito de Medellín, estableció demanda, en juicio ordinario, contra José J. Jaramillo B. e Ignacio Uribe E., para que, con su citación y audiencia, se declare:

"Primero. Que el crédito por tres mil quinientos pesos oro (\$ 3,500), a que me he referido en esta demanda, constituido por la escritura número 166, de veinticinco de enero de mil novecientos diez y ocho, otorgada ante el Notario 2° de Medellín, en favor de la señora María o Mary Uribe y en contra del señor Ignacio Uribe E., pertenecía a dicha señora al tiempo de su muerte, y perteneció luego a su sucesión o herencia.

"Segundo. Que por consecuencia de la declaratoria anterior, es válida, y surte todos sus efectos legales la adjudicación que de dicho crédito se hizo a los herederos de doña María o Mary Uribe, señores Ricardo Jaramillo V. e Ignacio Uribe P., según las hijuelas que se les formó en la partición de los bienes herenciales de dicha señora María Uribe y en la proporción indicada en las mismas hijuelas.

"Tercero. Que el señor Ignacio Uribe E. está en el deber de pagar a dichos herederos, y en la proporción que determinan sus hijuelas, el mencionado crédito con sus intereses respectivos, pago que efectuará en el término de seis días, contados a partir de la fecha de la sentencia que ponga fin al presente litigio.

"Cuarto. Que la enajenación del crédito que invoca en su favor el señor José J. Jaramillo B., no existe legalmente, por cuanto que no se cumplieron las solemnidades prescritas por la ley para que la cesión o traspaso surtiera todos sus efectos.

"En subsidio, y para el caso de que no se haga la declaración que solicito en este numeral, pido que se haga ésta:

"Quinto. Que la enajenación de que da cuenta la diligencia de remate, fechada el treinta de mayo de mil novecientos diez y nueve, y efectuada en el Juzgado del Circuito de Rionegro, en el juicio ejecutivo de José J. Jaramillo B. contra Ricardo Jaramillo V., la cual se refiere a un crédito de la señora María o Mary Uribe contra el señor Ignacio Uribe E., carece de todo valor y mérito legal, puesto que dicha enajenación se verificó sin observancia de los requisitos expresamente exigidos por la ley, y que, por lo tanto, el señor Jaramillo B. está en el deber de restituir a mi poderdante y al señor Ricardo Jaramillo V. en la proporción que determinan sus hijuelas, todo lo que haya recibido por consecuencia del aludido remate o de la indebida enajenación.

"Sexto. Que los demandados deben pagar al señor Ignacio Uribe P., mi mandante, los costos y costas del juicio, si dieren lugar a él."

La parte demandada contestó el traslado de esa demanda, negando todas y cada una de las peticiones de ella, y terminó así:

"Propongo la excepción de prescripción adquisitiva del crédito a favor de Jaramillo B., pues han pasado más de tres años desde que hizo el remate del crédito (artículo 2529 del Código Civil), y, si se supone que dicho crédito no era del haber de la sociedad conyugal

Jaramillo-Uribe, Jaramillo B. lo remató con todas las condiciones necesarias para ganarlo por prescripción, como lo ha hecho.

"Alego también como excepción, el hecho de no estar facultado legalmente el señor Uribe P. para demandar a favor del señor Ricardo Jaramillo V."

La litis terminó en primera instancia con la sentencia de treinta y uno de octubre de mil novecientos veinticuatro, que concluye así:

"..... el Juzgado..... falla:

"1° Se niegan todas y cada una de las peticiones de la demanda en referencia, con la cual el señor Ignacio Uribe P. promovió juicio ordinario, por medio de su apoderado doctor Jorge Gartner, contra los señores José J. Jaramillo B. e Ignacio Uribe E., y se absuelve a los demandados de todos los cargos que en tal demanda se les hacen.

"2° No se hace especial condenación en costas."

La parte actora se alzó de esa sentencia para ante el Tribunal Superior de Medellín, que profirió la de segunda instancia, el veinticinco de agosto de mil novecientos veintiséis, que desata así la controversia:

"..... el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia de treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos veinticuatro (1924), proferida por el señor Juez 3° del Circuito de Medellín, y en su lugar dispone:

"Primero. El crédito por tres mil quinientos pesos oro (\$ 3,500) a que se refiere la demanda de veintiocho de mayo de mil novecientos veinticuatro, constituido por escritura pública número 166, de veinticinco de enero de mil novecientos diez y ocho, otorgada ante el Notario 2° del Circuito de Medellín, en favor de la señorita María o Mary Uribe y en contra del señor Ignacio Uribe E., pertenecía a dicha señora al tiempo de su muerte, y perteneció después a su sucesión o herencia.

"Segundo. Es válido y surte todos sus efectos legales la adjudicación que de dicho crédito se hizo a los herederos de doña María o Mary Uribe, señores Ricardo Jaramillo V. e Ignacio Uribe P., según las hijuelas que se les formó en la partición de los bienes herenciales de dicha señora María o Mary Uribe, y en la proporción indicada en las mismas cartillas de adjudicación.

"Tercero. El señor Ignacio Uribe E. está en la obligación de pagar a dichos herederos, y en la proporción determinada en las hijuelas, el mencionado crédito, con sus intereses respectivos, pago que efectuará en el término de seis (6) días, contados desde la notificación de esta sentencia.

"Cuarto. La cesión o traspaso del crédito en referencia, hecha con motivo de la venta en pública subasta ante el Juez 1° del Circuito de Rionegro, no existe legalmente, y no es válida, por cuanto el tradente no era dueño de la acreencia, ni había solicitado el consentimiento expreso, tanto de la titular como del deudor, para respetar el pacto convenido en la cláusula 10.

"Quinto. No hay lugar a la petición que subsidiariamente se hace en la demanda de veintiocho (28) de mayo de mil novecientos veinticuatro (1924).

"Sexto. No hay lugar a la excepción de prescripción adquisitiva alegada en el escrito de contestación, de fe-

cha diez y ocho (18) de julio de mil novecientos diez y ocho (1918); y

"Séptimo. Sin costas."

La parte demandada interpuso el recurso de casación, que le fue concedido, y que la Corte admite por hallarse ajustado a derecho.

El doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, en representación de la parte recurrente, alega contra el fallo recurrido las causales 1ª y 2ª de casación.

Se procede al examen del recurso, comenzando por la segunda causal.

Se acusa la sentencia de no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, por haberse dejado de fallar sobre una de las excepciones propuestas.

"En efecto—dice el recurrente—en la contestación dada a la demanda por el apoderado de mi cliente señor Jaramillo B. (folio 47), en seguida de proponerse la excepción perentoria de prescripción adquisitiva, se dijo:

'Alego también como excepción el hecho de no estar facultado legalmente el señor Uribe P. para demandar a favor del señor Ricardo Jaramillo B.'

"Ahora bien: el Tribunal sentenciador, en su fallo, declaró que no estaba probada la excepción de prescripción adquisitiva del crédito, pero guardó silencio respecto de la otra excepción, de modo tan perspicuo opuesta en el propio escrito de contestación de la demanda; y por tanto, es vuestro deber, sin entrar en el fondo del asunto, casar el fallo acusado por el extremo indicado, y ordenar que se devuelva el proceso a uno de los Tribunales Superiores, para que se dicte un fallo no deficiente, al tenor de lo que preceptúa el artículo 61 de la Ley 100 de 1892."

Se considera:

La demanda fue contestada bajo la vigencia de la Ley 103 de 1923, y fue entonces cuando el demandado alegó "el hecho de no estar facultado legalmente el señor Uribe P. para demandar a favor del señor Ricardo Jaramillo," esto es, el hecho de estar, en su concepto, indebidamente representado en el juicio Ricardo Jaramillo. Pero en esa época—de acuerdo con lo establecido en la citada Ley 103—ese hecho no fundaba excepción de ninguna clase sino una causal de nulidad (artículo 495), cuya decisión no era, ni lo es hoy, materia del fallo definitivo, sino de especial pronunciamiento dentro del juicio. Así, pues, por el hecho de haberse alegado con el nombre de excepción una causal de nulidad, no quedó ésta constituida en extremo del juicio, que hubiera de ser materia del fallo, y, por consiguiente, no se está en el caso de la segunda causal de casación.

Causal primera.

En apoyo de esta causal, dice el recurrente en primer término:

"Acuso la sentencia que es objeto del recurso, por el extremo de haber violado los artículos 1781 y 1795 del Código Civil, en el concepto de haber sido erróneamente interpretados en ella, al tener como de propiedad exclusiva de la señora María o Mary Uribe de Jaramillo, y a la muerte de ésta, de su sucesión, el crédito que ella aportó al matrimonio y que tenía contra su hermano Ignacio Uribe E."

El pasaje de la sentencia en que se hallan consignados los conceptos del Tribunal, que motivan este cargo, es del tenor siguiente:

"Dice el artículo 1781 del Código Civil:

'El haber de la sociedad conyugal se compone:

1º De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio.

2º De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses (subraya el Tribunal) y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio.

3º Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o durante él adquiriere, obligándose la sociedad a la restitución de igual suma.

4º De las cosas fungibles y especies muebles (subraya el Tribunal), que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieran al tiempo del aporte o de la adquisición. Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones o en una lista firmada por ambos y por tres testigos domiciliados en el territorio.

5º de todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso.

6º De los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero.'

"Al subrayar la Sala la palabra intereses en el numeral segundo, y los vocablos especies muebles, en el cuarto, es para que se pare la atención en el alcance que con relación al punto controvertido revisten esas expresiones. En efecto: desde que se habla en la transcrita disposición legal de intereses que ingresan al patrimonio social, se despierta la idea de que existen o pueden existir créditos productores de intereses que no entran a formar ese haber, y que persisten en el del cónyuge.

"Sería un adefesio del legislador decir que los intereses que produce un capital que fue aportado a la sociedad conyugal pertenecen a esta entidad, siendo así que quien es dueño de lo principal es dueño de lo accesorio, en el orden natural, y siempre que no haya exclusión especificada. El artículo 718 ibídem así se expresa:

'Los frutos civiles pertenecen también al dueño de la cosa de que provienen, de la misma manera y con la misma limitación que los naturales.'

"De suerte, pues, que es de lógica elemental desprender esa deducción; pues aseverar lo contrario, es hacer caer al legislador en un absurdo manifiesto, obligándolo a decir que el dueño es dueño de lo que le pertenece, ya que si se supone que el crédito productor de intereses ingresa al haber social, de hecho, y sin necesidad de expresarlo, los intereses también entran al patrimonio de la sociedad."

Para sustentar su acusación, argumenta así el recurrente:

"En apoyo de su tesis, dice el Tribunal, de un lado, que, al enumerar el artículo 1781 del Código Civil los bienes que componen el haber de la sociedad, coloca los intereses de los bienes propios de los cónyuges, lo que despierta la idea de que los capitales de que provienen tales intereses son de ellos, pues de lo contrario, dice, se haría decir al legislador el 'absurdo' de que el dueño es dueño de lo que le pertenece, y, del otro, que al hacerse por ese medio la dicha enumeración, se colocan dentro de los bienes sociales las especies muebles, y que los créditos no son especies muebles.

“Cuanto a lo primero, basta observar que, sin necesidad de atribuirle al legislador la falta de haber dicho un despropósito, bien se ve que si pueden devengarse intereses de bienes propios de los cónyuges, sin que para ello sea necesario colocar los créditos de que ellos sean sujetos activos en la categoría de bienes propios, pues ellos pueden, en las capitulaciones matrimoniales, o en una simple lista firmada por ambos y por tres testigos, eximir de la comunión, como lo dice el texto mismo que cita la sentencia, parte de sus especies muebles.

“Por otras palabras, no habiendo capitulaciones matrimoniales ni lista firmada en la forma indicada, el ordinal 2° del artículo 1781 se aplica, en lo atañadero a los bienes propios de los cónyuges, a sus bienes inmuebles; habiendo tales capitulaciones o lista, los intereses, réditos y pensiones, etc., se extienden a aquellos bienes exceptuados en ellas.

“Si pueden existir, a virtud de la reserva, créditos de propiedad exclusiva de los cónyuges, cuyos frutos pertenezcan al haber social, pero de ahí no se deduce que necesariamente todos los créditos de que ellos eran dueños al casarse, no pasen ipso jure a formar parte del haber social, en ausencia de capitulaciones matrimoniales.

“Refuerza lo dicho lo que dice el artículo 1795 del Código Civil, conforme al cual ‘toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario,’ lo que está gritando que si no se hizo la reserva de que trata el artículo 1781, han de considerarse los créditos como todos los demás bienes muebles como de propiedad de la sociedad conyugal, de la cual el legislador, con buenas o malas razones, no ha excluido, cuando no hay capitulaciones matrimoniales, sino los bienes inmuebles.

“Cuanto a lo segundo, que sólo las cosas fungibles y las especies muebles, tomando esta expresión en el sentido restricto de cuerpos ciertos, son las que forman parte del haber social, no todos los muebles, cabe observar que el Tribunal se agarra a una evidente redacción defectuosa del Código, pero que, por defectuosa que sea, no empaña el pensamiento cardinal de él, de hacer entrar al patrimonio social toda la categoría de los bienes muebles.

“En efecto, si se da al texto la interpretación del Tribunal de Medellín, quedarían excluidos de la sociedad conyugal no sólo los créditos sino también los bienes de género, como los ganados, granos, caldos, etc., y se llegaría al absurdo de que el legislador dejaría de propiedad de cada cónyuge lo que no se puede restituir en especie, y de propiedad de la sociedad, lo que es restituible en esa forma, lo que evidentemente sería absurdo.

“Hay, pues, que concluir, en armonía con el sistema general del Código, que durante la sociedad conyugal, salvo que otra cosa se diga en capitulaciones matrimoniales, o en reserva especial hecha en lista formal, ninguno de los socios se puede considerar como dueño de bienes muebles; todos éstos son de la sociedad, con cargo de restituir a cada aporte su valor al tiempo de la disolución de la sociedad.”

La Corte estima fundado este cargo; pues si, como bien lo observa el recurrente, si puede darse realmente el cargo de que haya créditos por dinero o créditos (es-

pecies muebles incorporales), que pertenezcan a uno de los cónyuges sin hacer parte del haber de la sociedad conyugal, ya por haberse estipulado así en las capitulaciones matrimoniales, ya por provenir de donaciones por causa de matrimonio, hechas al cónyuge con destino a la subrogación de un bien raíz o a adquirir otros bienes para el haber particular de él, no es absurda la disposición del legislador (artículo 1781, ordinal 2° del Código Civil), que regula el caso aquí contemplado, ordenando que todos los intereses que provengan, sea de bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio, son de la sociedad, y, por la misma razón, tampoco puede deducirse de esa disposición (la del ordinal 2° del artículo 1781), que los créditos aportados al matrimonio o adquiridos durante él, a título gratuito por uno de los cónyuges, no entran al haber social.

Es, pues, casable la sentencia por este motivo, y en tal virtud, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, infirma la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín, el veinticinco de agosto de mil novecientos veintiséis, y en su lugar resuelve:

Confirmase la sentencia de primera instancia dictada en este juicio por el Juzgado 3° del Circuito de Medellín, el treinta y uno de octubre de mil novecientos veinticuatro.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

Considero que no ha debido casarse el fallo, porque las disposiciones del Código Civil citadas por el Tribunal, han de entenderse cuando no hay capitulaciones matrimoniales ni lista de bienes excluidos del presunto haber social, pues existiendo capitulaciones matrimoniales, ellas rigen la sociedad conyugal en todo lo que se refiere a los bienes sobre los cuales los esposos han celebrado esa convención, de suerte que bien puede haber créditos productores de intereses que no entren al haber social y sigan siendo del cónyuge respectivo, y no en virtud de las capitulaciones matrimoniales; pero, como ya se dijo, existiendo éstas por ellas se regula la sociedad de bienes entre cónyuges. Las disposiciones citadas por el Tribunal se aplican a falta de capitulaciones matrimoniales.

Pero fuera de esto hay una razón legal poderosa, y es la disposición del numeral 6° del artículo 1792, que de manera clara y especial excluye de la sociedad conyugal lo que se paga a los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, y lo que se devenga por intereses antes del matrimonio y pagados después, y esto, precisamente, es lo que ocurre en el caso de este pleito.

Bogotá, mayo 29 de 1931.

José Miguel Arango—Jiménez—Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo treinta de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

Ante el Juez 3° del Circuito de Vélez, Aurelio Tavera demandó a Sofía Barrera para que, por sentencia definitiva, se condene a la demandada a lo siguiente:

"1° A restituirme—dice el demandante—un lote de terreno que posee (la demandada) indebidamente, dentro de mi campo denominado Boquera, ubicado en el partido de San Lorenzo, jurisdicción del Municipio de San Benito, demarcado por los siguientes linderos: por cabecera, por un lindero vivo que da al camino que baja de Las Casitas, lindando con terrenos de la demandada Barrera; por un costado, el mismo camino de Las Casitas que baja a la quebrada del Ropero; por el pie, con terrenos de Rafael Vargas, a dar a la quebrada que baja de Las Casitas, y por el otro costado, esa misma quebrada, arriba, a dar al primer lindero. Dentro de este globo de tierra se encuentran dos casas de palos y paja, el redondo y enramada del trapiche, también de palos y de paja, hornilla y el molino con su marco y tres piedras.

"2° A restituirme los frutos civiles y naturales de dicho globo de terreno, molino y casa determinados en el punto petitorio que precede, desde hace dos años y medio que los ocupa, hasta que me haga la restitución, y no sólo los percibidos, sino los que yo hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo las fincas en mi poder; y en el caso de no existir estos frutos, a pagarme el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de su percepción."

Los hechos de la demanda los expuso así el actor:

"1° Soy dueño del lote de terreno, casa y trapiche con enramada y redondo, determinados en el punto primero petitorio de esta demanda, y no estoy en posesión de ellos, por motivo a que la demandada se ha rehusado a entregármelos, no obstante los requerimientos que le he hecho, y antes bien, ha dispuesto de sementeras que existían en dicho globo de terreno.

"2° La señora Sofía Barrera, mi demandada, es actual poseedora de las fincas expresadas, y las tiene en su poder desde hace dos años y medio hasta la fecha.

"3° La señora Sofía Barrera, mi demandada, es y ha sido poseedora de mala fe.

"4° El globo de terreno y edificios expresados hacen parte de mi campo denominado Boquera, expresado en el punto primero petitorio de esta demanda, y que expresa la escritura número setenta, de fecha quince de marzo de mil novecientos diez, otorgada ante el Notario Público del Circuito de Suaita, debidamente registrada, y que en dos fojas útiles acompañó, como prueba de mi demanda."

Como disposiciones de derecho invocó el actor las contenidas en el Título 12, del Libro II, del Código Civil y sus concordantes.

La demandada, por medio de apoderado, contestó la demanda, desconociendo el derecho del demandante, y oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas.

Los hechos los contestó así:

"Al primero. No es cierto que Aurelio Tavera sea dueño del lote de terreno, casas y trapiche con su enramada y redondo, determinados en el punto primero de la

parte petitoria de la demanda. Respecto de la posesión que tiene Sofía, la ejerce o la hace en virtud de que es representante de dos herederos de Venancio Tavera, de cuya herencia es, por consiguiente, representante; y con relación a las sementeras que han existido, ha dispuesto de ellas porque tenía derecho en las que había, y en las que han continuado existiendo después, porque las ha puesto a sus propias expensas mi mandante.

"Al segundo. Aceptó este hecho, pero aclaró que posee el terreno a nombre de la herencia de Venancio Tavera, la cual es la verdadera dueña o propietaria del terreno de Boquera, casas, enramada o redondo y trapiche, desde hace tres años, en que falleció Tavera.

"Al tercero. No es verdad este hecho, pues siendo la sucesión de Tavera la verdadera dueña de dicha finca, y siendo mi mandante partícipe en unión de sus hijos, no puede considerársele como poseedora de mala fe.

"Al cuarto. El terreno y edificios a que se refiere este punto es el mismo denominado Boquera, de que fue propietario Venancio Tavera hasta su muerte, y cuyo dominio y posesión continuó en sus herederos hasta esta fecha.

"Para concluir esta contestación—dice el apoderado de la demandada—opongo las excepciones perentorias de prescripción ordinaria adquisitiva del dominio del terreno de Boquera, con casa, enramada o redondo del trapiche, por la demarcación que expresa la demanda; la de petición de un modo indebido; la de falta o carencia de derecho, y la general, que abarca los artículos 51 y 52 de la Ley 105 de 1890, o sea todo hecho, en virtud del cual se desconoce la existencia de la obligación si acaso existió."

Fundó la primera en haber poseído Tavera el terreno y casas con ánimo de señor y dueño por más de diez años continuos. Funda la segunda en que se dirigió la demanda contra Sofía Barrera, directa y exclusivamente, siendo así que ella posee las fincas a nombre de la herencia de su esposo Venancio Tavera, y entonces está dirigida contra diversa persona de la llamada a responder; pues una cosa es la entidad llamada herencia y otra la persona de Sofía. Esta última respondería al obrara a nombre propio.

La tercera excepción la fundó en que el demandante Tavera no ha adquirido derecho de dominio sobre la expresada finca, a virtud de que la simulación del contrato no le da valor ni existencia legal a éste.

El Juez de primera instancia, después de la tramitación legal, falló el juicio así:

"Condénase a Sofía Barrera a entregar al demandante, dentro del término de tres días, el lote de terreno, con sus casas, trapiche y demás anexidades que se han demandado en el punto primero petitorio de la demanda. Condénase igualmente a Sofía Barrera al pago de los frutos civiles y naturales desde la fecha en que se propuso la demanda hasta el día en que se haga la entrega. Su valor se determinará, como lo dispone el artículo 840 del Código Judicial, en juicio separado.

"Las costas son de cargo de la demandada."

De esta sentencia apeló la demandada para ante el Tribunal de San Gil, el cual decidió la litis así:

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de San Gil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia recurrida de anterior mención, y en su lugar absuelve a la señora Sofía Barrera de los cargos en ella formulados....."

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el demandante, y como tal recurso es admisible, y en la Corte se le ha dado la tramitación que le corresponde, es llegado el caso de decidirlo.

El Tribunal sentenciador encontró probada, por indicios, la simulación alegada por la parte demandada. El recurrente, tanto ante el Tribunal como ante la Corte, combate estos indicios uno a uno, cosa inadmisibles, porque con ese método ninguna prueba de indicios resistiría al análisis. En atención a esto ha dicho la Corte que no es lógico combatir éstos de uno en uno, sin buscar el engranaje existente entre ellos y la fuerza recíproca que se prestan unos a otros. (Jurisprudencia de la Corte, tomo 3°, número 2006).

También son doctrinas de la Corte las siguientes:

"La apreciación de indicios, suponiéndolos legalmente acreditados, es operación exclusiva del criterio y conciencia del juzgador, no sujeta, por lo mismo, al veto de la Corte como Tribunal de casación."

"La apreciación de los indicios es una operación encomendada al criterio personal del juzgador, y la Corte de casación no puede variar esa apreciación, sino cuando el recurrente alegue y pruebe error evidente de hecho en la estimación de las pruebas demostrativas del indicio."

"Cuando los indicios no son necesarios, el grado de fuerza y su relación más o menos estrecha con el hecho que se trata de demostrar, son materia de una apreciación inductiva del juzgador, que escapa a la casación, desde luego que en esa operación de la inteligencia, que es una serie de razonamientos, no puede haber error evidente de hecho, indispensable para variar la estimación de la prueba hecha por el sentenciador. Sobre este punto es constante la jurisprudencia de la Corte." (Obra y tomos citados, números 2011, 2012, 2013 y 2005).

"El recurrente en casación puede atacar la prueba de indicios en que se apoyó el Tribunal sentenciador, demostrando que tales indicios no están probados, pero no criticando la apreciación que de ellos ha hecho el Tribunal, para hacer ver que no tienen la fuerza probatoria que el juzgador les asignó, salvo en el caso—ha dicho la Corte últimamente—que la deducción sacada de los indicios sea manifiestamente errónea o absurda, caso en el cual puede corregirla la Corte. Esta apreciación escapa a la casación."

En atención a estas doctrinas, la Corte, en el caso que se estudia, entra a examinar los argumentos del recurrente, encaminados a demostrar que no están probados los hechos constitutivos de los indicios, o que la deducción que de ellos hizo el Tribunal es manifiestamente errónea o absurda.

Refiriéndose a la sentencia de primera instancia, dijo el Tribunal:

"No se analizó (en la sentencia) la prueba de posiciones, acaso la que suministra el indicio de mayor gravedad, cual es la confesión paladina de Aurelio Tavera, cuando al absolverla declara: 'la única causa que indujo a mi padre (para extender el instrumento público número 70, de quince de marzo de mil novecientos diez, ante el Notario de Suaita), fue la del temor que se le iniciara un juicio para el pago de unos perjuicios provenientes de una quema de unas sementeras, y a mí—al comprarle los expresados terrenos—la de favorecerlo, para que no se viera envuelto en un juicio, y acaso obligado a pagar una suma de consideración, que lo colocara en situación pecuniaria desventajosa.

"La entrega que en tales circunstancias hizo Venancio a su hijo—continúa el Tribunal—no de una parte de su patrimonio, sino del patrimonio entero, fue toda una ficción, pero una ficción dolosa, como se comprende de las últimas palabras, para que no se viera obligado a pagar una suma de consideración....' y de que hoy quiere aprovecharse Aurelio en su exclusivo provecho, convirtiendo la confianza en él depositada en una posible realidad, es decir, que Venancio y su hijo Aurelio concertaron la manera de no pagar una deuda justa, o injusta, que para el caso es lo mismo, y cuyo pago colocara al primero en una situación pecuniaria desventajosa. No es posible, pues, que Venancio, queriendo esquivar esa situación llegara a entregar su patrimonio por la irrisoria suma de ochenta pesos (\$ 80), precio que apenas debía figurar para llenar las apariencias de un contrato real y verdadero, mas no que fuera la causa o motivo que indujera a celebrarla."

Con ocasión de estos párrafos, el recurrente acusa al Tribunal de haber violado, por errónea interpretación, el artículo 1524 del Código Civil, a causa de confundir el motivo o causa ocasional del contrato a que se refiere la litis, con el precio de las cosas que aparecen vendidas.

No encuentra la Corte violación alguna: el Tribunal afirma que para el vendedor la causa real y verdadera del contrato de compraventa es la entrega del precio estipulado, pero que en el caso del pleito, por ser simulada la compraventa, no existió tal causa, y que el único motivo que indujo a los contratantes a celebrar un contrato aparente, fue el de evitar que se obligara al vendedor a pagar una suma de dinero.

Acusa el recurrente al sentenciador por haber interpretado mal la confesión de Aurelio Tavera de que se ha hecho mérito, y de haber violado también, a causa de esa mala interpretación, el artículo 1524 citado. La Corte observa que el Tribunal es soberano en esa interpretación, la cual no puede cambiar, a menos que se pruebe error evidente de hecho. Tal prueba no se ha dado: el Tribunal entendió que al decir el absolvente que la única causa del contrato fue la del temor de que se le iniciara al vendedor un juicio, es porque no existe ninguna otra causa, y en todo caso porque no existe la verdadera causa de los contratos de compraventa.

La circunstancia de haber afirmado el absolvente en otras respuestas a las posiciones que se le pidieron, que sí hubo precio realmente convenido y entregado, y, por consiguiente, causa real y lícita, no arguye nada contra la interpretación que le dio el sentenciador a la respuesta dada a la posición segunda: cuando más querría decir que el absolvente se contradijo. Tampoco arguye nada contra la referida interpretación, el hecho de no haber sancionado el Tribunal la contradicción.

Por lo demás, la errónea interpretación de una confesión judicial, no se ve por qué haya de violar el artículo 1524 del Código Civil. Violaría otras disposiciones sustantivas.

Hasta aquí el primer motivo de casación, o sea el "error de hecho en la apreciación de la respuesta que dio Aurelio Tavera a la segunda de las posiciones que le pidió la demanda."

El segundo motivo está formulado así:

"Error de derecho en la interpretación y aplicación del artículo 1524 del Código Civil, a la confesión que hizo Aurelio Tavera al absolver la segunda de las posiciones que le pidió la parte demandada, en relación con la causa."

La errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1524 del Código Civil al caso del pleito, y el no haber aplicado a la litis, siendo aplicable, el artículo 1849 del mismo Código, cosas alegadas por el recurrente en este segundo motivo, se fundan en último término, en el error de hecho en la apreciación de la prueba de confesión; pero como un error de derecho se funda en uno de hecho, no puede prosperar la acusación sin demostrar el error de hecho, porque no se puede admitir el efecto si no hay causa que lo produzca.

Ahora bien: el recurrente no ha demostrado que el sentenciador incurriera en error de hecho evidente en los autos, al apreciar la prueba de confesión del demandante, como se ha visto atrás.

Tercer motivo. Error de hecho en la apreciación, como indicio, de la confesión contenida en la respuesta dada por Aurelio Tavera a la posición cuarta.

El Tribunal encontró que era indicio de simulación este hecho confesado por el demandante: haber el vendedor reedificado a su costa una de las casas vendidas, con posterioridad a la celebración del contrato de compraventa a que se refiere la litis, destruida a consecuencia de un incendio.

El recurrente arguye que éste no es un indicio vehemente, porque tiene otras soluciones distintas la reedificación a costa del vendedor, fuera de la de considerarse dueño del inmueble, y por haber agregado el absolvente que pagó el adobe que se empleó en una hornilla nueva, así como también el salario del maestro que la construyó. Concluye el recurrente que sin ser vehemente el indicio, no puede sumarse a otros indicios para formar plena prueba.

No aparece de manifiesto que no sea un indicio el anotado por el Tribunal, y por consiguiente, sea claramente erróneo su concepto. Esto es suficiente para rechazar el cargo.

Cuarto motivo. Error de derecho al apreciar como indicio vehemente el hecho a que hace referencia el motivo tercero precedente.

Dice el recurrente:

"El Tribunal hizo indebida aplicación de los artículos 587, 590, 592 y 594 del Código Judicial, pues estimó como indicio y como indicio vehemente, un hecho aislado, una circunstancia posterior al contrato que reza la escritura número 70, que, dadas las diversas interpretaciones a que se presta, no puede considerarse que tenga relación íntima con la simulación que se pretende, porque el caso de la reedificación de la casa quemada, que es una circunstancia o consecuencia de la posesión en común por parte de Venancio y Aurelio Tavera, y que tendería a probar la no entrega, lo estimó el Tribunal como un hecho separado, constitutivo de un solo indicio independiente, siendo que apenas, si estuviera demostrado, podría ayudar a la prueba del indicio de la falta de entrega de los bienes vendidos.

"De acuerdo con lo expuesto aquí, y por las razones alegadas en el motivo tercero precedente, el Tribunal violó las disposiciones del Código Judicial que en el párrafo anterior se han mencionado, cometiendo error evidente de derecho."

Se contesta: aun cuando la reedificación por parte del vendedor, y la no entrega al comprador, constituyen un solo indicio, como hay otros a qué sumarlo, nada argüiría el que se consideraran como indicios separados.

La posesión en que continuó el vendedor está plenamente acreditada con otras pruebas, y no por la circuns-

tancia de haber reedificado a su costa uno de los inmuebles vendidos.

Respecto de la fuerza que le haya dado el sentenciador al indicio de que se trata, no puede reconocerse que haya ido contra la evidencia de esos hechos.

Por estas razones no procede el cargo.

Motivo quinto. Error de hecho al apreciar como indicio lo que dijeron los peritos en la inspección ocular pedida por la demandada.

Motivo sexto. Error de derecho en la apreciación y aplicación legal como indicio de la prueba pericial practicada a petición de la parte demandada.

Dice el Tribunal:

"En la inspección ocular que aparece en el cuaderno de pruebas de la demandada, dicen los peritos:

"Es verdad que el terreno de Boquera que tenemos a la vista, está comprendido en la enumeración de sus bienes que hace Venancio Tavera en el testamento."

"Otro indicio es éste que escapó a la apreciación del señor Juez, porque no encontró entre los bienes que denuncia allí como suyos el testador, enumerado el tal lote de terreno."

El recurrente critica este pasaje de la sentencia porque, en su sentir, el hecho a que alude el Tribunal no puede probarse por peritos; porque los que dictaminaron no dan razón satisfactoria de su dicho; porque no se dio traslado del dictamen pericial, y porque la enumeración emanada del vendedor no podría considerarse como indicio vehemente por manar de parte interesada en la existencia del contrato.

De todo esto deduce el recurrente que el Tribunal ha violado los artículos 587, 590, 594 y 668 del Código Judicial, y 79 de la Ley 105 de 1890.

Como es fácil ver, todo se reduce a saber si está probado en autos que Venancio Tavera enumeró en su testamento entre los bienes de su propiedad, el terreno vendido a Aurelio Tavera. El autor del recurso niega que tal hecho esté plenamente demostrado en autos con la prueba pericial de que se ha hablado; pero, si existe en el expediente otra prueba del hecho, cae por su base toda la argumentación del recurrente.

Pues bien: no solamente hubo prueba pericial, sino también prueba de inspección ocular; y el Juez de la causa al aprobar el dictamen pericial, por auto de veintinueve de septiembre de mil novecientos veinticinco (pruebas del demandado, folio 34 vuelto), dijo:

"El dictamen pericial que consta en la anterior diligencia de inspección ocular, se halla en un todo de acuerdo con la verdad de los hechos, y, por tanto, el Juzgado le imparte su aprobación."

El Juez de la causa da, pues, fe de que los hechos a que se refiere la inspección ocular son verdaderos, y esto basta. El testamento de Venancio está en autos, y solamente se trataba de una aclaración.

Por lo demás, de acuerdo con el artículo 591 del Código Judicial, las pruebas incompletas son apreciables como indicios, y esto es lo que ha hecho el sentenciador con la exposición pericial.

No hay, pues, quebrantamiento de las disposiciones indicadas por el recurrente en el motivo sexto.

En cuanto a si el indicio de que se trata es vehemente o nó, se repite lo que atrás se dijo.

Motivo séptimo. Error de hecho en la apreciación de la prueba de testigos para probar la posesión material por parte de Venancio Tavera y Sofía Barrera.

Motivo octavo. Error de derecho en la apreciación y aplicación de la prueba de testigos para dar por demostrado el indicio de la posesión material y no entrega de la cosa vendida, para deducir la falta de ánimo y la falta de precio en el contrato que se estudia.

Dice el Tribunal que Venancio Tavera estuvo en posesión tranquila de Boquera durante catorce años, desde el otorgamiento de la escritura hasta su muerte, y que luego siguió en esa posesión su viuda Sofía Barrera, todo lo cual está acreditado con el dicho de cinco testigos que dan razón perfecta de sus afirmaciones; y que si a esto se agrega el que en tantos años Aurelio Tavera no exigió la entrega que hoy demanda, se tiene otro indicio de indiscutible valor probatorio.

El recurrente hace muchos reparos a estas declaraciones, a saber: que son muy uniformes o de cartabón; que los linderos que señalan los testigos al terreno de Boquera son distintos a los que contiene la demanda y la escritura de compraventa; que no determinan con precisión la circunstancia de tiempo, porque se refieren a un lapso de veinticinco años, sin decir cuándo empezó esa posesión ni cuándo terminó; que los declarantes no relacionan hechos concretos y circunstancias acerca de los actos que dicen ejerció Venancio Tavera como dueño, ya que se limitan a repetir la pregunta del interrogatorio, que está tomada literalmente del artículo 981 del Código Civil; que en cuanto a ciertas intervenciones de Venancio Tavera en la reedificación de la casa quemada y otras reparaciones, ya lo dijo Aurelio Tavera bajo juramento, que eso obedeció a que era su padre, y como tal, le ayudaba a la conservación de la finca que ambos habitaban o poseían; y que en cuanto a Sofía Barrera, no aparece demostrado que tuviera posesión en el sentido jurídico, pues ha confesado que tiene y retiene la finca en nombre de la sucesión de Venancio Tavera y de los menores hijos de éste.

De todo esto deduce el recurrente que el sentenciador violó, por indebida aplicación, los artículos 587, 589, 590, 592, 593, 594 y 607 del Código Judicial, en cuanto considera que los testigos concuerdan en el hecho y en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y sus exposiciones forman plena prueba sobre el indicio que dedujo; en cuanto considera esas declaraciones como un indicio vehemente, que estima probado plenamente; en cuanto acepta que lo declarado por esos testigos tiene conexión o relación vehemente con la simulación; y en cuanto estima como dos indicios diferentes la tenencia o posesión y la no entrega de la finca por Venancio Tavera, hechos que, en caso de estar probados, no constituirán sino uno solo.

Se considera:

Lo que el sentenciador da por probado, con las declaraciones de testigos de que se ha hablado, es la posesión del terreno disputado en que estuvo primero Venancio Tavera y luego Sofía Barrera; y, ¿cómo dudar de que tal hecho es cierto si el demandante ha designado a la Barrera, en el hecho segundo de la demanda, como actual poseedora del referido terreno, en virtud de lo cual dirigió contra ella la demanda; y si ha confesado en posiciones que su padre poseía antes de su muerte?

Esta confesión del demandante prueba la posesión de Venancio; y aun cuando aquél asegura que la tuvieron conjuntamente, de esta circunstancia no hay más pruebas que la misma aseveración del demandante.

En cuanto que Sofía Barrera no tuviera la posesión en el sentido jurídico, no hay que perder de vista que lo que se pretende demostrar es que no se le hizo al com-

prador entrega de la cosa comprada, y para tal efecto, basta que la demandada tenga la posesión material de tal cosa.

Por no haber para qué, no entra la Corte a decidir si los falladores de instancia hicieron bien o no en no dar por probada la segunda de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, referente a no poseer la Barrera a nombre propio.

Ahora bien: como sólo demostrando que ni Venancio ni Sofía han sido poseedores, hubiera podido acreditarse la violación de los artículos indicados en los motivos que se examinan, preciso es concluir que no están violados.

Afirma el recurrente que la posesión y la no entrega constituyen un solo indicio, del cual hizo dos el Tribunal. Esto no es enteramente exacto, porque lo que el Tribunal consideró como indicios separados fue la larga posesión del vendedor después del contrato, y la circunstancia de no habersele ocurrido al comprador, en muchísimos años, pedir que se le entregara lo comprado. Se comprende que al padre no le podía pedir el hijo tal cosa, porque ambos tenían conciencia de que la escritura de compraventa era de confianza. Muerto el padre, entonces sí pretendió el comprador hacerla efectiva contra la viuda y los hijos del segundo matrimonio.

Motivo noveno. Error de hecho en cuanto estimó el Tribunal como indicio para declarar la nulidad el dicho de los testigos Polidoro Mejía y Santos Ariza, acerca de una confesión extrajudicial del vendedor Venancio Tavera.

Motivo décimo. Error de derecho por mala apreciación y aplicación como prueba de un indicio de las declaraciones de Polidoro Mejía y Santos Ariza.

Declaran estos señores, por haber presenciado los hechos, y por haber intervenido en ellos, que el contrato de compraventa a que se refiere la litis, celebrado entre Venancio y Aurelio Tavera, padre e hijo, respectivamente, fue un acto de confianza que hubo entre ellos y simulado; y que ni aquél tuvo intención de vender ni éste de comprar. Agregan los testigos que no hubo precio efectivo, y afirma uno de ellos que aconsejó la operación, la cual se efectuó para evadir el pago de una suma.

El Tribunal ha visto con razón en estas declaraciones un indicio de la simulación, que no queda desvirtuado con todos los reparos que a las declaraciones hace el recurrente.

Es verdad que lo que dijo Venancio Tavera a los testigos no puede perjudicar a Aurelio Tavera, pero es de advertir que los testigos hablan no solamente de las palabras oídas a Venancio, sino de la intervención que tuvieron en la celebración del contrato referido, hasta cuando se hizo la escritura, y en todos estos hechos obraron conjuntamente vendedor, comprador y testigos.

Insiste el recurrente en combatir cada indicio aisladamente, y en demostrar que el que va combatiendo no es plena prueba de la simulación, lo cual no tiene objeto, pues sabido es que la plena prueba la forma el conjunto de todos los indicios.

Ha olvidado el recurrente, una vez más, que no sólo los indicios necesarios forman plena prueba; que las pruebas incompletas son apreciables como indicios, y que no le es lícito combatir, en casación, la calificación de ser vehementes los indicios hecha por el Tribunal, en cuanto no sea manifiestamente ilógica, como no lo es en este caso.

Por todo esto la Corte no encuentra la violación de los artículos enumerados por el recurrente en el motivo décimo.

Motivo undécimo. Error de hecho en cuanto estimó el Tribunal que el precio de ochenta pesos (\$ 80) fue muy inferior al precio comercial de los bienes vendidos.

Motivo duodécimo. Error de derecho en cuanto el Tribunal de San Gil dio el valor de prueba de indicio, sin fundamento legalmente demostrado, al precio de ochenta pesos (\$ 80), contenido en la escritura número 70, de quince de marzo de mil novecientos diez.

Motivo decimotercero. Error de derecho en cuanto estimó como indicio el haberse vendido en la escritura número 70, varios bienes por ochenta pesos.

Dice el Tribunal:

"El mismo título de dominio, o escritura número 70, en que se apoya el actor, es prueba de otro indicio no despreciable; allí se trasluce el ánimo que tuvo el otorgante Venancio Tavera de insolventarse; pues se hace extensiva la enajenación, además del predio de la disputa, que fue avaluado en quinientos pesos (\$ 500), a otro terreno más, y a cuantos semovientes tenía el vendedor, como eran las once reses de cría, seis yeguas, cuatro mulas, seis caballos y un potrero, no escapando ni la mitad de un pollino hechor que tenía en compañía con Natividad Camacho, y todo esto por \$ 80, lo que podía valer entonces cualquiera de los caballos, o a mucho conceder, una de las mulas."

Con pie en este pasaje, acusa el autor del recurso al sentenciador, de haber cometido error de hecho evidente en los autos, al sostener que el precio comercial de la cosa vendida era muy superior al de ochenta pesos.

Al recurrente le tocaría demostrar, para que fuera atendido el ataque, que el precio comercial de la cosa vendida cuando se celebró el contrato tachado de nulo, era el de \$ 80, y no uno superior. Sólo así quedaría patentizado el error del Tribunal.

Como esta demostración no se ha dado, ningún valor tienen las largas disertaciones del recurrente, contenidas en los tres motivos que se examinan; y como cuando se alega un error de derecho, fundado en uno de hecho, no puede prosperar la acusación sin demostrar el error de hecho, preciso es convenir en que los errores de derecho de los motivos duodécimo y decimotercero, fundados en el error de hecho del motivo undécimo, carecen de base.

Por lo demás, lejos de haber pruebas de que el Tribunal desacertó, las hay de que estuvo en lo cierto.

El terreno vendido por Venancio Tavera a su hijo había sido comprado por el vendedor a Polidoro Mejía en novecientos sesenta pesos (\$ 960), y en esa venta no entraron los semovientes que enumera el Tribunal (escritura número 487, de veintidós de julio de mil ochocientos noventa y seis, cuaderno de pruebas, folio 41). El demandante dijo en posiciones que es verdad que el referido terreno valiera más de dos mil pesos (\$ 2,000) oro, y que una hectárea se podía comprar con cincuenta pesos (\$ 50). Los peritos de la inspección ocular avaluaron el inmueble de que se trata en mil quinientos pesos (\$ 1,500).

En vista de esto no vale alegar que no se dio traslado del dictamen pericial, y que el juzgador no puede fallar por el conocimiento personal que tenga de los hechos.

Pero descartada la prueba pericial, la afirmación del sentenciador quedaría respaldada por las otras pruebas de que se ha hecho mérito y que no han sido atacadas.

No existe, pues, el quebrantamiento de los artículos enumerados en los motivos duodécimo y decimotercero.

Motivo decimocuarto. Error de hecho por haber reconocido interés en la declaración de la nulidad, por simulación, a Sofía Barrera, sin prueba en el proceso que demuestra ese interés.

Motivo decimoquinto. Error de derecho por indebida aplicación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, no obstante la deficiencia anotada en el motivo inmediatamente precedente.

Para contestar estos cargos, basta recordar que Sofía Barrera es demandada, y que el demandado puede proponer todas las excepciones perentorias que lo favorezcan, inclusive la de simulación; y que Sofía Barrera es poseedora, y que no cabe discutir el interés que tiene el poseedor demandado, en demostrar que el demandante no es dueño de lo que reivindica, porque el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo.

Por lo demás, el concepto del Tribunal de que Sofía Barrera era la llamada a responder de la acción iniciada, no ha sido combatido en casación, ni podría serlo por el recurrente, pues de lo contrario la conclusión que se imponía era la de absolver a la demandada, por este aspecto también, por no ser la verdadera poseedora.

Motivo décimosexto. Error de derecho en la apreciación y calificación global o general de las circunstancias no probadas, en cuanto el Tribunal las estimó como indicios diversos y demostrados plenamente.

La Corte no puede admitir los fundamentos de este motivo, a saber:

1º Que la confesión del demandante de que la venta se hizo para que quedara en insolvencia su padre; que la no entrega de lo vendido al comprador; que el no haberse atrevido Aurelio a pedir a su padre, mientras vivió, la cosa comprada; que lo irrisorio del precio de venta; que la posesión de la demandada; que las partes que celebraron el contrato discutieron con dos testigos la conveniencia de la operación y otros hechos, constituyen un solo indicio y un solo argumento.

2º Que los referidos indicios no tienen relación con la simulación.

3º Que no son vehementes; y

4º Que el Tribunal cometió errores de hecho y de derecho en su apreciación.

Como en esto se funda el cargo de quebrantamiento de las disposiciones sustantivas que enumera el recurrente con ocasión del motivo que se examina, la Corte concluye que no existe tal quebrantamiento.

Motivo décimoséptimo. Error de hecho en la apreciación de la falta de entrega como indicio de simulación en el contrato que consta en la escritura número 70 de mil novecientos diez.

Motivo decimoctavo. Error de derecho por cuanto estimó el Tribunal el hecho de la falta de entrega como indicio separado, acerca de la simulación del contrato contenido en la escritura número 70.

En estos motivos repite el recurrente cargos hechos en los motivos anteriores, que ya están contestados, y que la Corte no tiene para qué contestarlos por segunda vez.

Por lo demás, aun en el caso de que el recurrente hubiera logrado descartar como prueba el indicio a que se refieren los dos últimos motivos, la sentencia recurrida se sustentaría en las otras pruebas, mientras no se demuestre que ellas no la sustentan.

No están, pues, violados ni los artículos del Código Judicial relativos a la prueba de indicios, ni el 15 de la Ley 95 de 1890, ni los siguientes del Código Civil: 1740, 1741, 1502, 1524, 946, 950, 964, 971...

Por todo lo expuesto la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y por consiguiente no infirma, la sentencia del Tribunal de San Gil, de fecha diez y ocho de mayo de mil novecientos veintiocho.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvanse los autos al Tribunal de San Gil.

JUAN N. MENDEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio primero de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Pedro José Gómez demandó al doctor José Hugo Soler, para que se decretara lo siguiente:

"a) Que soy dueño y me pertenece en propiedad o dominio el siguiente lote de tierra, ubicado en la vereda de San Antonio, jurisdicción del Municipio de San Rafael, y comprendido dentro de estos linderos: por un costado limita con la quebrada de Los Laureles y tierras de herederos de Rudesindo Sanabria, hasta dar al pie de una peña; por otro costado, por el pie de la piedra citada, a dar a un cerrito más alto, y linda con el vecindario de Ciénaga; por otro costado, de este lindero, en línea recta, a dar a una hondonada, arriba de la casa de propiedad de Sildano Ojeda o de su sucesor en esa finca, linda con terrenos de Eustaquio Cuervo; y por el último costado, de la hondonada referida, por toda la loma pelada a dar a la quebrada de Los Laureles, primer lindero, y encierra, lindando con tierras del mismo Cuervo e hijos; o sea que soy dueño o propietario de ciento veinte cuerdas de tierras, contenidas aproximadamente en el lote arriba alinderado; de acuerdo con la escritura pública número 551, de fecha veintidós de noviembre de mil novecientos seis, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Tunja.

"b) Que, en consecuencia de la declaratoria anterior, se condene al señor doctor José Hugo Soler, detentador del lote de tierra atrás determinado, a restituirme, tres días después de notificada la correspondiente sentencia, el lote de tierra que acabo de demarcar, junto con sus frutos naturales y civiles, desde el día tres de febrero del año de mil novecientos veintitrés hasta el día en que se verifique la entrega de manera efectiva de la mencionada finca raíz; y

"c) Que se condene al demandado señor doctor José Hugo Soler, a pagar las costas del presente juicio, por ser detentador de mala fe del referido lote de tierra, cuya restitución solicito en esta demanda."

El Juez decidió:

"Se condena al demandado José Hugo Soler:

"1º A restituir, tres días después de notificada esta sentencia, el lote de terreno que trata la escritura pública número quinientos veintiuno, de veintidós de noviembre de mil novecientos seis, de que trata la deman-

da, con sus frutos naturales y civiles desde el día tres de febrero de mil novecientos veintitrés hasta la entrega efectiva, en virtud de declararse válida, legal y probada por el demandante la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria alegada por éste.

"2º Como consecuencia del punto anterior, declárase al señor Pedro José Gómez dueño, y que, por consiguiente, le pertenece en propiedad o dominio un lote de terreno ubicado en la vereda de San Antonio, jurisdicción de San Rafael, y que linda: por un costado, con la quebrada de Los Laureles y tierras de herederos de Rudesindo Sanabria, hasta dar al pie de una peña; por otro costado, por el pie de la peña citada, a dar a un cerrito más alto, y linda con el vecindario de Ciénaga; por otro costado, de este lindero, en línea recta, a dar a una hondonada, arriba de la casa de Silvano Ojeda o su sucesor en esa finca linda con terrenos de Eustaquio Cuervo, y por el último costado, de la hondonada referida, por toda una loma pelada, a dar a la quebrada de Los Laureles, primer lindero, y encierra lindando con tierras del mismo Cuervo e hijos.

"3º Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado; y

"4º Condénase a éste al pago de las costas del presente juicio."

El Tribunal de Tunja revocó el fallo, y absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda.

Contra este proveído se interpuso recurso de casación, que se admite, por estar ajustado a la ley.

Como primera causal se alega la cuarta, o sea incompetencia de jurisdicción improrrogable en el Tribunal sentenciador, y se hace consistir en que el demandado apeló de la sentencia de primer grado por medio de un despacho telegráfico, que no se ha extendido en papel competente, que como esa apelación estuvo mal concedida, el Tribunal no adquirió jurisdicción.

En primer lugar hay que notar que las irregularidades que se cometan en las secuelas de los juicios han de subsanarse en las instancias, pero no en casación (casación, 29 octubre. Gaceta Judicial, tomo XXIX, página 73, 2ª), y en segundo lugar, que la incompetencia de jurisdicción consiste en que el Tribunal conozca de un asunto que no le está atribuido a él en segunda instancia, sino a otro fallador, cosa que no sucede al presente, porque este juicio es ordinario, de mayor cuantía, juicio de que conocen en segunda instancia los Tribunales por disposición expresa de la ley. Esta es jurisprudencia constante de la Corte. (Casación, 26 julio 1916. Gaceta Judicial, tomo XXVII, página 253, 3ª).

Además, hay que advertir que el apoderado del demandado apeló de la sentencia por memorial dirigido al Juez de la causa, y este funcionario resolvió la petición ordenando se estuviera al auto en que se había concedido el recurso, decisión que consintió el demandante, y que es ley del proceso.

Como segunda causal se alega la primera, por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, y se apoya en varios motivos, que se estudiarán uno a uno.

Primer motivo. Consiste en la violación del artículo 946 del Código Civil, por cuanto el Tribunal sostiene que para ejercitar la acción reivindicatoria se requiere ser dueño de una cosa determinada, siendo así que el texto habla de una cosa singular. Es evidente que el artículo emplea la palabra singular y no determinada, y puede suceder que entre ellas no haya sinonimia, pero es lo

cierto que el pensamiento del sentenciador es bien claro: como al terreno vendido no se le dieron linderos por tres extremos, el sentenciador dijo que él no estaba determinado, es decir, que no era un cuerpo cierto, una cosa singular, condición indispensable para reivindicar. Ahora, no se viola una disposición porque el sentenciador no la cite textualmente; se viola cuando se va contra lo que ella dispone, aunque la cita no sea textual.

Segundo motivo. Violación del mismo artículo 946, y se hace consistir en que la cosa sí está determinada, pues en el título se señala la extensión del terreno, la jurisdicción municipal, la vereda en que está situada, los terrenos con que colinda.

Para responder a este reparo se copia lo pertinente de la escritura de compra del terreno en disputa:

"Compareció el señor Siervo Soler....., y dijo: que da en venta real y enajenación perpetua, y con título de dominio, a Pedro José Gómez....., ciento veinte cuerdas de terreno, ubicadas en la vereda de San Antonio, jurisdicción de San Rafael, las cuales hubo por compra a Ignacio Vásquez, las cuales lindan con terrenos de Rudesindo Sanabria, por la quebrada de Los Laureles, arriba, hasta dar al pie de la peña, y por los otros costados no se fijan los linderos, por estar esas tierras sin repartir."

Además, si en esta escritura estuviera singularizado el terreno, el ataque ha debido hacerse por error de hecho en la apreciación del título, no por violación directa del artículo 946.

Tercer motivo. En él se tacha la sentencia por error evidente de hecho al apreciar la prueba que arroja la escritura transcrita ya en la parte pertinente.

Se responde: en esa escritura sólo se le da al terreno vendido un solo lindero, advirtiéndose que por los otros lados no se fijan límites, por estar esas tierras sin partir. En vista de esta terminante declaración de los contratantes, no puede decirse que el terreno vendido esté determinado por linderos, y si no lo está no es una cosa singular.

Cuarto motivo. Se hace consistir en que el sentenciador consideró que la única determinación racional de bienes inmuebles son los linderos, apoyando esta afirmación en los artículos 2594 del Código Civil y 287 del Código Judicial, siendo así que el artículo 2594 reglamenta las formalidades que deben contener los instrumentos públicos y el 289 del Código Judicial, los requisitos que debe llenar una demanda.

Se anota: no aplicó el sentenciador esas disposiciones a la reivindicación, sino que conceptuó que la única manera de determinar un terreno era señalándole linderos, y para ello se apoyó en esas disposiciones; pero suponiendo que las hubiera violado, queda en pie la base principal, a saber: que el terreno reivindicado no es una cosa singular, porque carece de linderos por tres costados.

Quinto motivo. Violación del artículo 1888 del Código Civil. Consiste en que el sentenciador considera que la venta debe hacerse siempre como cuerpo cierto, cuando la disposición reconoce dos maneras: la de la cabida y la del cuerpo cierto, porque dice que esa disposición sólo tiene aplicación entre las partes, cuando en realidad ella se aplica a terceros.

Al respecto se expresa así el fallo:

"Se ha traído y llevado aquí el artículo 1888 del Código Civil, que trata de la venta de terrenos en relación con su cabida. Esa disposición sólo tiene aplicación en-

tre las partes contratantes para el evento de que el predio determinado materia de la venta resulte con cabida diferente de la enunciada en el contrato, para el efecto de que el vendedor aumente extensión si resultare más pequeño, o el comprador devuelva si apareciere más grande, como también para la resolución prevista en el mismo Código. Pero esas disposiciones no autorizan la venta de cabida sin relación a terreno determinado, sino al contrario: la venta de cosa determinada con relación a su cabida.

"El comentador doctor Fernando Vélez propone y soluciona el caso que aquí se estudia, y hace ver cómo faltando la determinación del objeto, carece la compraventa de uno de sus elementos esenciales. Hé aquí sus apreciaciones:

"Se ha observado, y quizá con razón, que la venta por cabida no impide que ésta se perfeccione luego que se celebre, tanto respecto de la transmisión del dominio como de los riesgos de la cosa, para aplicar a esto las reglas generales. Es cierto que el precio puede sufrir modificaciones si resulta que la cabida que indique el vendedor es inexacta; pero esta eventualidad no evita que el precio se haya fijado, salvo rectificación de él. Además, como la cosa vendida está determinada, resultan los elementos esenciales para la perfección de la venta, que son el consentimiento, la cosa y el precio, *consensus, res, pretium*.

"Sin embargo, este resultado no se tendría en estos dos casos:

"1º Se vende cierta extensión, como diez hectáreas, que deben tomarse de tal precio, por un precio fijo, como \$ 1,000 la hectárea o por \$ 10,000 las diez. El precio está determinado pero no la cosa, porque no se sabe cuáles son las diez hectáreas vendidas, mientras no se midan, que es lo indispensable para demarcarlas. Por lo mismo, en este caso la venta no se perfeccionará sino cuando se midan las diez hectáreas, y mientras tanto no se transmite el dominio, y los riesgos de la cosa son por cuenta del vendedor."

"Estos conceptos que el Tribunal acoge y las consideraciones que preceden, están indicando a las claras que el demandante no pudo establecer con títulos su dominio sobre la cosa que pretende reivindicar. Cosa distinta es que pueda tener acciones contra quien celebró con él un contrato que no ha producido los efectos legales a que estaba destinado."

En esos conceptos no encuentra la Sala las violaciones de que habla el recurrente, porque aunque se haya vendido por cabida, es necesario singularizar el terreno, para poder saber en dónde principia a medirse la cabida vendida, pues de lo contrario no se sabe en qué parte del terreno queda la cabida vendida.

Sexto motivo. Error de hecho evidente, pues no apreció la escritura para decretar la prescripción, complementando así los diversos testimonios aducidos para probar la posesión.

Esa no fue la única razón que tuvo el sentenciador para desconocer la prescripción. Alegó esta otra, que no ha sido atacada en casación:

"Además, debe observarse que el demandante no alegó como causa de su acción la prescripción, sino que la alegó posteriormente, lo que significa que el Tribunal no podría en ningún caso declararlo dueño por un título que no fue demandado. El artículo 55 de la Ley 105 de 1890 se refiere a la excepción, no a la acción, y no es, por tanto, aplicable en este negocio."

Séptimo motivo. Violación del artículo 951 del Código Civil, por cuanto el sentenciador no reconoció esa acción a pesar de haberse ejercitado, ya que la alegó expresamente y la probó con hechos.

Se observa: en la demanda no se estableció la acción reconocida por el artículo 951 del Código Civil de una manera expresa; ni en los hechos aducidos hay alguno que indique que el reivindicador aduce como título para reivindicar, la acción publiciana. Es verdad que entre los artículos del Código Civil invocados como fundamento de la demanda, está el 951, como están otros varios, pero el título invocado no fue otro que el contrato de venta.

Ahora, si el demandante hubiere invocado en la demanda como título el derecho que reconoce el artículo 951 del Código Civil, cosa que no autoriza a suponer ni las peticiones de la demanda, ni los hechos en que se fundó, la acusación ha debido hacerse por error evidente de hecho en la apreciación de la demanda, no por violación directa del artículo invocado, llegando este extremo a constituir, si se quiere, un medio nuevo, ya que él no fue debatido en las instancias.

Octavo motivo. Este motivo se reduce a la prescripción, y en él se tacha la sentencia por violación de los artículos 2528 y 2529 del Código Civil, pero él queda contestado con lo ya dicho, puesto que si no hay título, no puede haber prescripción, y no hay título del terreno, a juicio del sentenciador, porque no se sabe a dónde están situadas las cuadras de terreno que compró Pedro José Gómez.

Por estos motivos la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de fecha febrero veinticuatro de mil novecientos treinta.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio cinco de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

En el juicio ejecutivo que adelantaba Roberto Pedraza contra Miguel Alberto Vargas, estableció tercera coadyuvante el señor Bernardo Espinosa, la cual fue fallada favorablemente por el Juez respectivo, y apelada esa sentencia fue confirmada por el Tribunal de Bogotá.

Interpuso recurso de casación el ejecutado señor Vargas, recurso que se admite por estar arreglado en forma legal.

Estos son los fundamentos de la sentencia del Tribunal:

"El crédito que cobra la parte ejecutante por trescientos mil pesos papel moneda o su equivalente en moneda corriente, intereses legales desde octubre de 1924 hasta el pago y costas, está comprobado con la sentencia del 25 de julio de 1924, en que la Corte Suprema condenó a Vargas Triana a restituir dentro de seis días siguientes a la ejecutoria del fallo, a Eduardo Baquero,

los trescientos mil pesos papel moneda que recibió como parte del precio de la compraventa que se hizo constar en la escritura número 1379, del 20 de diciembre de 1915, otorgada en la Notaría 3ª de este Circuito, y con la copia del memorial en que, con fecha 23 de marzo de 1923, Eduardo Baquero cedió a Roberto Pedraza R. la cantidad a cuya restitución tenía derecho, cesión que fue notificada a Vargas Triana el 24 de abril de 1923, y por último, con el documento en que el mencionado Baquero hizo constar extrajudicialmente la misma cesión de que habla el mencionado memorial.

"El pago de ese crédito le fue ordenado al ejecutado en el auto ejecutivo del 27 de octubre de 1924, auto que está ejecutoriado. A esa orden de pago opuso el ejecutado excepciones perentorias que se declararon no probadas en sentencia del 22 de mayo de 1925, confirmada por este Tribunal el 27 de agosto del mismo año.

"Por tanto es legal la sentencia apelada en cuanto reconoce el crédito del ejecutante y ordena pagarlo.

"El tercerista Espinosa pide en su demanda el pago de veintidós mil pesos moneda corriente, y sus intereses desde el 5 de enero de 1925 hasta el día del pago, a la rata estipulada. La demanda fue sustanciada debidamente por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se fijó el edicto dando conocimiento de su admisión y se hicieron las publicaciones ordenadas por la ley, y cuando fue calificada, ya se había dictado sentencia de pregón y rematé en la ejecución.

"En documento privado, debidamente extendido, hizo constar el ejecutado Vargas Triana, el 5 de junio de 1924, que debía a Bernardo Espinosa la cantidad de veintidós mil pesos moneda corriente, que de éste había recibido en mutuo por un año, con interés del uno por ciento mensual, en el plazo, y del dos por ciento mensual en la mora. Este documento ha obrado en los autos del juicio, con conocimiento del ejecutado, quien no lo ha tachado ni redarguido de falso; por tanto está reconocido presuntivamente, y es una plena prueba de la existencia del crédito que cobra el tercerista. El ejecutado no ha opuesto ninguna excepción, y por el contrario, en las posiciones que absolvió a petición del ejecutante, en el término probatorio de la tercera, el 15 de febrero de 1926, reconoce la deuda."

El recurrente ataca el fallo por la primera causal fundada en dos motivos que él califica de hecho y de derecho.

El motivo de hecho está concebido en estos términos, que se transcriben:

"En autos a fojas 2 del cuaderno 1º de este juicio, aparece comprobado con la copia expedida por el Juez 6º del Circuito en el juicio de resolución del contrato de compraventa de Miguel Alberto Vargas Triana contra Eduardo Baquero y otro, que éste cedió a Roberto Pedraza la cantidad de trescientos mil pesos (\$ 300,000) papel moneda ante el Tribunal de Cundinamarca, a Roberto Pedraza, por valor recibido el 3 de marzo de 1930, en momentos en que estaba interpuesto y aun concedido el recurso de casación, y allí mismo en el memorial dice que debe restituirle al declararse resuelto el contrato de compraventa, y también aparece la venta en documento privado de la misma fecha, a foja 1º del mismo cuaderno. Después, ya en este juicio, el 29 de marzo de 1927, a foja 28 del mismo cuaderno, aparece vendiendo Roberto Pedraza a Dolores Vallarino, seguramente porque así con-

venía al genitor de esta larga tramoya, pues José Antonio Vallarino, padre de Dolores, fue el curador de Miguel Alberto Vargas Triana, en el juicio de sucesión de su padre Antonio Vargas Suárez, y obligó al curador que vendiera a Eduardo Baquero, en la Notaría 4ª, y consecutivamente, con diferencia de minutos, vende Baquero a Eugenio Pardo, en la Notaría 3ª, vecina de la 4ª, y después resulta apoderado de Baquero y Pardo, demandados por Vargas Triana, en resolución de los contratos en el Juzgado 6º

"En julio 25 de 1924 salió la sentencia de la Corte (fojas 4 a 9 del mismo cuaderno), declarando la resolución y ordenando que Vargas Triana devuelva a Baquero los trescientos mil pesos (\$ 300,000) papel moneda, y que éste pague al primero los perjuicios, etc., avaluados en juicio separado."

Como se ve por lo copiado, ningún reparo concreto se le hace al fallo. No se cita ninguna disposición como violada, no se ataca por errores de hecho ni de derecho, de suerte que a ese motivo no tiene la Corte que responder cosa alguna.

El segundo motivo también se transcribirá por ser difícil concretar en una síntesis el pensamiento del recurrente.

"Se cede un derecho litigioso, y tal era del que nos ocupamos, cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis del que no se hace responsable el cedente, según lo prescribe el artículo 1969 del Código Civil, y es claro a toda luz que lo que vendió Baquero a Pedraza y éste a Vallarino, fue un derecho litigioso y por lo tanto tenía que aceptar los resultados de la sentencia o sea la finalidad de la litis, y así lo interpreta la Corte. (Sentencia de 20 de marzo de 1918, XXVI, 312, 2ª. Obra del doctor Garavito, tomo 2º, número 360).

"Roberto Pedraza inició esta acción ejecutiva con el título que hemos estudiado, o sea con la cesión de un derecho litigioso que le hizo Baquero, luego tiene las cargas que sobre este título pesan, o sean las que les impuso la sentencia de la Corte que sirve de recaudo ejecutivo, pues la cesión sola no es el título que sirve de base a la ejecución. Después la cesión que aparece hecha por Pedraza a Dolores Vallarino necesitaba la licencia judicial, al tenor del artículo 1521 del Código Civil, en concordancia con el Capítulo 1º, Título 25, Libro 4º, y después de concedida poner la nota al pie del título.

"En la misma copia, a foja 2, aparece que Vargas Triana no aceptó la simulada cesión, y en las copias de fojas 16 a 19 aparecen los reclamos del mismo y más aún, y es que está pendiente esto sobre la cesión.

"Si lo que cedió Roberto Pedraza fueron los trescientos mil pesos (\$ 300,000) papel moneda o tres mil pesos (\$ 3,000) de hoy, es claro que la venta es nula al tenor de lo prescrito en el artículo 1521 del Código Civil, pero si lo que vendió fueron los derechos litigiosos (que fue en realidad lo que vendió y lo único que podía vender entonces), y dice el artículo 1969 del Código Civil que se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis y que se entiende litigioso para estos efectos, desde que se notifica judicialmente la demanda, luego no cabe la menor duda de que lo que vendió Baquero a Pedraza y éste a Vallarino, fue un derecho litigioso, o sea el derecho incierto, y según la sentencia de esa alta corporación, Baquero fue condenado a pagar a Vargas Triana los perjuicios que

le causó por la falta de cumplimiento del contrato de compraventa y por consecuencia Pedraza a Vallarino, que son sucesores del primero y que al comprar derechos litigiosos se sometieron a los derechos y cargas. De la sentencia resultaron cargas y derechos correlativos al uno y al otro, a Vargas a pagar tres mil pesos (\$ 3,000); a Baquero y a éste, a pagar a Vargas los perjuicios dichos, fueron obligaciones que nacieron de la sentencia. Pretender obligar a Vargas y evadir a Baquero, a más de una gran injusticia es un atropello moral y legal y nacido de una trama urdida desde la curatería de Vargas Triana en el juicio de sucesión de Antonio Vargas Suárez.

"Erróneamente por el Tribunal y malévolamente por los urdidores de esta trama, se ha querido hacer aparecer a la Corte como dictando resoluciones inexplicables hasta en un Juez de villorrio, pues dicen que esta alta corporación ha resuelto que se cedieron los tres mil pesos (\$ 3,000) aisladamente, lo que es un exabrupto, como lo demuestran los comentarios del doctor Vélez al artículo 1969 y a los anteriores y siguientes sobre este punto. Los urdidores hasta en el documento que sirve de base junto con la sentencia de la Corte a esta ejecución, citan el número 360 del tomo 2º de la obra del doctor Garavito, que no dice eso y muy al contrario, resuelve o interpreta los principios de derecho sustantivo tal como lo vengo sosteniendo, es cosa muy distinta en lo que dice respecto al procedimiento para la cesión.

"Hay que tener en cuenta que la definición de derechos litigiosos en el numeral 2º del artículo 1969 del Código Civil, es conforme con una ley romana y que se funda en la adversión con que los legisladores han mirado a quienes se ocupan en adquirir litigios ajenos para especular con ellos, y en el caso contemplado se trata todavía de algo más grave como ya lo he dicho, de cuya trama he sido víctima."

Parece, pues, que se considera violado el artículo 1521 del Código Civil, porque a juicio del recurrente, la cesión que Roberto Pedraza hizo a Dolores Vallarino del derecho que le compró a Eduardo Baquero, necesitaba permiso del Juez, pero hay que advertir, para desvirtuar el cargo, que no se discutía la propiedad de ninguna especie, ni si ese derecho estaba en litigio. Pedraza enajenó un derecho litigioso, el evento de la litis que tenía pendiente Baquero con Vargas Triana, y para enajenar derechos litigiosos no se requiere permiso del Juez. Así lo reconoce y sostiene el recurrente.

Y precisamente partiendo el recurrente del concepto de que lo que enajenó Baquero fue un derecho litigioso, se queja de que se obligue a Vargas a pagarle a Pedraza los tres mil pesos (\$ 3,000), valor de la cesión, y no se obligue a éste a pagarle a Vargas los perjuicios a que fue condenado Baquero al resolverse el contrato.

Bien se ve que el hecho de que Pedraza o su cedente Baquero esté obligado a pagarle a Vargas Triana los perjuicios por la resolución del contrato, no inhibía a Baquero o a su cesionario, para hacer efectiva la sentencia que decretó la resolución, o sea el pago de los tres mil pesos (\$ 3,000), quedándole a Vargas Triana igualmente su derecho a salvo para cobrar esos perjuicios de quien se los deba.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha veintiocho de mayo de mil novecientos treinta.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez y siete de junio de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

En el juicio ejecutivo que ante el Juez del Circuito de Cali lleva el doctor Augusto Vernaza contra Miguel Nader, por una suma de pesos, el señor Teófilo F. Lian introdujo una tercería excluyente, para que, por sentencia definitiva, se hiciesen estas declaraciones:

"1° Que el tercerista Teófilo F. Lian es dueño exclusivo de las joyas denunciadas, embargadas, avaluadas y depositadas en el juicio ejecutivo que lleva el doctor Augusto Vernaza contra Miguel Nader, por haberlas adquirido legitimamente, a título de compra, a los cónyuges Leonor Delgado de Nader y Miguel Nader, de conformidad con la Ley 8° de 1922.

"2° Que, en consecuencia, quedan desembargadas y obligado el depositario, doctor Alberto Holguín, o quien le suceda en el cargo, a restituir en nombre del ejecutante, al señor Lian, las siguientes alhajas:

"Un aderezo de perlas y diamantes, que consta de un collar, una pulsera, un prendedor y un par de aretes.

"Un aderezo de esmeralda y diamante, que consta de un anillo y un prendedor.

"Un aderezo de piedra turquesa, que consta de un collar, una pulsera, un prendedor y un par de aretes.

"Un solitario en un anillo de tres quilates, puro.

"Un anillo de tres y medio quilates, forma marquesa.

"Un par de aretes de diamante, de dos y medio quilates.

"Un anillo de esmeralda pura, de cuatro quilates.

"Y un anillo de esmeralda pura, de dos y medio quilates.

"3° Que el ejecutante queda obligado a pagar perjuicios por razón de la retención indebida de las expresadas joyas, por cuanto es nulo el contrato de venta celebrado entre los señores Miguel Nader y Mizrachi, Acrichi & Co., con fecha veintidós de mayo de mil novecientos veintidós; nulo el contrato de ratificación del anterior, celebrado el catorce de octubre del mismo año entre el doctor Francisco José Chaux y Miguel Nader, y nulas las cesiones que la casa de comercio denominada Mizrachi, Acrichi & Co., hizo al doctor Augusto Vernaza, con fecha quince de noviembre de mil novecientos veintidós, por medio de su gerente, Moisés H. Mizrachi.

"4° Que el ejecutante debe pagar las costas del juicio."

Sustentó esta demanda en los artículos 217, 218, 221 de la Ley 105 de 1890; 2412, 2415, 2428, 1740, 1741 del Código Civil; 15 de la Ley 95 de 1890; 1° de la Ley 8° de 1922, y en los hechos siguientes:

"a) La señora Leonor Delgado, cónyuge legítima del señor Miguel Nader, adquirió por donación de sus padres las joyas designadas en la parte petitoria de este libelo, y que son las mismas embargadas por ese Juzgado en auto de fecha cuatro de mayo de mil novecientos veintiséis.

"b) En el mes de mayo de mil novecientos veintidós el señor Miguel Nader celebró con los señores Mizrachi, Acrichi & Co., del comercio de esta ciudad, unos contratos de cuenta corriente y de cuenta por consignación sobre mercaderías, y para asegurar a dichos señores en los efectos de los referidos contratos, celebró con ellos un contrato de prenda sobre las expresadas joyas, pertenecientes a su cónyuge Leonor Delgado de Nader.

"c) Para disponer de esas joyas, constituyendo sobre ellas una prenda, no obtuvo el señor Nader consentimiento de la dueña de las joyas, señora Leonor Delgado de Nader.

"d) La señora Leonor Delgado de Nader no ratificó tampoco el contrato de prenda de las joyas, celebrado por su marido con los señores Mizrachi, Acrichi & Co.

"e) Los cónyuges Miguel Nader y Leonor Delgado de Nader me vendieron las expresadas joyas desde el primero de noviembre de mil novecientos veintitrés, según consta de los documentos privados de la fecha indicada, y de diez de febrero de mil novecientos veintiséis, por la cantidad de cinco mil pesos moneda corriente u oro legal.

"f) El contrato de prenda constituido únicamente por el señor Miguel Nader, es nulo, por carecer de los requisitos exigidos por la Ley 8° de 1922, la cual estaba en vigor cuando se celebró el contrato.

"g) Son asimismo nulas las cesiones hechas por los señores Mizrachi, Acrichi & Co. al doctor M. Augusto Vernaza, con fecha quince de noviembre de mil novecientos veintidós, porque ningún derecho habían adquirido para disponer de la prenda constituida sobre las referidas joyas, porque ellos tenían un contrato bilateral pendiente con el señor Nader cuando verificaron la supuesta cesión, cuyos efectos o consecuencias personales no eran materia de negociación, y porque las cesiones en referencia las hicieron para esquivar su responsabilidad en la falta de cumplimiento en las obligaciones que contrajeron con el señor Miguel Nader.

"h) La constitución de la prenda sobre las joyas, contratada en el documento privado de fecha catorce de octubre de mil novecientos veintidós, es nula también, por haber mediado amenazas para obtener el consentimiento viciado del señor Nader, y porque el crédito quedó fue a cargo de la señora Dolores Castillo viuda de Delgado.

"i) Como las joyas están garantizando contratos nulos, no estoy obligado a pagar o consignar importe de deuda alguna para obtener la entrega de ellas, en mi calidad de propietario, a título de compra hecha a la señora Leonor Delgado y a Miguel Nader.

"j) El ejecutante me ha causado perjuicios en mis intereses particulares, con la ejecución a que dice relación esta demanda de tercería y con la retención indebida de las joyas, y, por lo tanto, debe indemnizarme todos los daños y perjuicios causados, mediante estimación pericial en la secuela del juicio."

El ejecutado señor Nader convino en la demanda, pero no así el ejecutante, quien se opuso a ella, negando la mayor parte de los hechos y proponiendo las excep-

ciones de carencia de acción, cosa juzgada, simulación del contrato y falsedad del documento de fecha primero de noviembre de mil novecientos veintitrés, ya que en tal documento no figuraba la firma de Teófilo F. Lian.

Adelantado el juicio ordinario correspondiente, el Juez lo falló así:

"I. No hay lugar a declarar favorablemente la petición primera del escrito de veintidós de febrero del año que corre.

"II. En consecuencia, tampoco hay lugar a decretar favorablemente la segunda petición del mencionado libelo de demanda.

"Sin costas."

El Tribunal Superior de Cali confirmó, con las costas de la alzada, la sentencia anterior.

Contra la del Tribunal, el personero del tercerista interpuso recurso de casación, que la Corte admite, por reunir para ello las prescripciones legales, y procede a resolver en el fondo, previo el estudio de la respectiva demanda.

Para respaldar un crédito a favor de los señores Mizrachi, Acrichi & Co., el señor Miguel Nader les dio en prenda una caja de joyas. Perseguida la prenda en juicio ejecutivo, el señor Teófilo Lian propuso tercería excluyente, fundándose en un documento de venta de dichas joyas, de fecha posterior, al de prenda, venta hecha por el señor Nader y su mujer, señora Delgado de Nader, y alegando que siendo las joyas de uso personal de la señora de Nader, le era vedado a su marido disponer de ellas, de acuerdo con lo que preceptúa la parte final del artículo 1° de la Ley 8° de 1922.

Para desechar la acción del tercerista, el Tribunal se funda en las siguientes razones:

"Pero el argumento queda desvanecido con sólo recordar que por el contrato de prenda no se transmite el dominio al acreedor, y de consiguiente, al constituirla, no se desprende de la cosa que garantiza la obligación, que es lo que la ley no permite, en tratándose de bienes de mujer casada. Además, el derecho consagrado en el primer artículo de la Ley 8° de 1922 no puede alegarse por quien se dice sucesor de la señora Delgado en el dominio de las joyas dadas en prenda, porque para ello era menester que se hubiera acreditado el hecho de ser aquella dueña de tales efectos, y también la calidad de esposa del ejecutado, y es claro que ninguna de esas pruebas se ha traído a los autos. No la primera, porque los pocos testigos que deponen acerca de ese hecho, no expresan de manera clara y distinta el medio como han tenido conocimiento del mismo, y, por lo tanto, su dicho en la forma descarnada en que aparece, no puede hacer fe en este caso. Además: si las joyas las hubo la señora Delgado de sus padres a título de donación, lo prudente había sido traer el documento en donde aparece la voluntad de transmitir las en esa forma, o siquiera el título o instrumento en donde aparecen adjudicadas por esa causa. Tampoco obra la segunda, por no aparecer allí la correspondiente partida del estado civil."

El recurrente alega la primera causal de casación, y combate así las tres razones que sirven de fundamento a la sentencia:

Interpretación errónea del artículo 1° de la Ley 8° de 1922, porque tal disposición prohíbe a cada uno de los cónyuges disponer por sí solo de los bienes que son de uso personal de la mujer, como sus joyas, y el Tribunal entiende que el legislador de 1922 se refirió limitativamen-

te a la venta, siendo así que cuando la ley prohíbe a una persona enajenar, es entendido que igualmente prohíbe todo acto jurídico que sea preparatorio de una venta. Quien grava una cosa con hipoteca o prenda, debe ser dueño y debe poder disponer de ella, ya que esos contratos accesorios son una limitación al dominio, y dan lugar, llegado el caso, de la efectividad de la prenda o de la hipoteca, a una transmisión del dominio, ordenada y vigilada por la autoridad judicial.

Considera la Corte que, como lo apunta el recurrente, sobre la base de que estuviera probado que las joyas eran de propiedad de la señora Delgado de Nader, el Tribunal violó, por errónea interpretación, el artículo citado de la Ley 8° de 1922, porque este canon legal prohíbe a cada uno de los cónyuges disponer por sí solo de los bienes de uso personal exclusivo de la mujer. El hecho de pignorarlas el marido por sí solo es un acto de disposición, ya que el contrato de prenda da al acreedor el derecho de hacerse propietario de la cosa dada en empeño para el pago de su crédito.

Pero como la sentencia tiene otros fundamentos, precisa estudiar si éstos sirven por sí solos para sostenerla.

Dice el Tribunal que no aparece comprobado que la señora Leonor Delgado sea casada con el ejecutado señor Nader. El autor del recurso acusa con razón la sentencia del Tribunal en este punto, por error de hecho evidente, y consiguiente violación del artículo 22 de la Ley 57 de 1887, en cuanto desconoce un estado civil perfectamente comprobado, desde luego que a los folios 21 y 22 del cuaderno marcado con los números 2° y 5° de pruebas, está la partida de matrimonio, que pasó por alto el Tribunal.

El último argumento de éste para desechar la tercería, es el de que no aparece comprobado que la señora Delgado de Nader fuera dueña de las joyas empeñadas, porque los pocos testigos que deponen acerca de ese hecho, no expresan de manera clara y distinta el medio como tuvieron conocimiento del hecho, y su dicho, en la forma descarnada en que aparece, no puede hacer fe en este caso. El recurrente combate este concepto, alegando que el sentenciador incurrió en error de hecho en la apreciación de las declaraciones, que en seguida extracta del modo siguiente:

"En los folios 12 y 14 del cuaderno marcado con los números 2° y 5°, figura la declaración del señor Gaetano Sacconi. Dice el declarante:

"Conocí las joyas....., y supe que eran de propiedad de la señora esposa del nombrado Nader..... Posteriormente me dijo Nader que..... las había dado en prenda.....; supe también por referencias de doña Leonor de Nader, que esas joyas, el mismo día del matrimonio, se las había obsequiado la señora Dolores C. viuda de Delgado.....; conocí el baúl en que estaban las alhajas, cuando me las mostró la señora de Nader, manifestándome que era obsequio que le hacía su madre; baúl que yo mismo recibí de la casa materna de Leonor Delgado de Nader, y que llevé a casa de Nader. Ese baúl me lo entregó la señora Dolores C. viuda de Delgado, manifestándome que allí iban las alhajas que había regalado a su hija Leonor."

"Se trata, pues, de un testimonio perfectamente fundado."

Jesús Fajardo F. (folio 14 vuelto, cuadernos números 2 y 5) dice:

"De las joyas expresadas conocí algunas en época en que vivía don Juan Castillo. Esas joyas pueden haber

quedado en propiedad de la señora Dolores Castillo viuda de Delgado, a la muerte de su padre, don Juan Castillo. Unicamente sé que la señora Dolores C. viuda de Delgado le había dado unas de esas joyas a su hija doña Leonor de Nader. Me consta que las joyas en referencia hacen parte de las que poseía el citado señor don Juan Castillo, y que, a su muerte, de hecho quedaron de su hija Dolores C. viuda de Delgado....."

El testigo determina con precisión el origen de las joyas, porque las conoció.

Don Gonzalo Naranjo dijo al folio 16 del mismo cuaderno números 2 y 5:

"..... Al declarante le consta, por conocimiento personal, que las referidas joyas..... que..... conoció en poder del señor Miguel Nader....., son las mismas que el exponente conoció como de propiedad de la señora Leonor Delgado de Nader, y las mismas que poseía y de que era dueña anteriormente la señora Dolores C. viuda de Delgado....., supo que las mentadas alhajas eran de la señora Dolores C. viuda de Delgado, y que esta misma señora se las mostró al declarante días antes del matrimonio de la señora Delgado de Nader, manifestándole que se las iba a dar a su hija como regalo de boda, y que..... le consta, por haberlo visto, que el día del matrimonio de la mentada Leonor, ésta las usó en la ceremonia....."

Da, pues, fe de su dicho.

Otro declarante, David Lian, dijo al folio 19 vuelto, cuaderno números 2 y 5:

"..... es cierto que las joyas..... son las mismas que conocí como de propiedad de la señora Leonor Delgado de Nader, y las mismas que poseía y de que era dueña..... la señora Dolores Castillo viuda de Delgado.....; que sabe que la señora Dolores Castillo de Delgado se las regaló a su hija en el día de su matrimonio....., porque el exponente asistió a dicha ceremonia....."

Estos errores de hecho y de derecho, concluye el recurrente, implican la violación del artículo 607 del Código Judicial, y consiguientemente, del 1º de la Ley 8ª de 1922.

Observa la Corte que aunque el Tribunal se limitó a desechar los testimonios en el breve aparte de la sentencia que se deja transcrito, una lectura atenta de las declaraciones convence de que no es evidente el error de hecho que el recurrente señala, puesto que Sacconi no puede asegurar que las alhajas que él conoció como de propiedad de la señora de Nader, sean las mismas que fueron depositadas en Cali; apenas dice que conjetura puedan ser, en vista del inventario, que se le ha puesto de presente; lo mismo ocurre con el testigo Jesús Fajardo, quien dice:

"No sé qué alhajas haya dado en prenda el señor Nader."

El testigo David Lian, que es el más explícito en lo referente a que las joyas sean de la señora Leonor de Nader, dice, sin embargo, que conoció un documento en que la señora madre de ésta, doña Dolores Castillo de Delgado, autorizaba a Miguel Nader para que le vendiera tales joyas a Teófilo Lian, y la señora, en la declaración que rindió en el juicio, dice que:

"Entonces yo manifesté que para evitar esta vergüenza a mi familia (la de que pudiera ser encarcelado su yerno), preferí desprenderme de las joyas."

Como se ve, no puede decirse que haya error evidente en el Tribunal, al no deducir de las declaraciones que

las alhajas materia del pleito fueran de propiedad de la señora Leonor Delgado de Nader. Sólo una declaración, la de Gonzalo Naranjo, podría dar asidero a tal afirmación, pero sería testimonio único al respecto, y quedaría desvirtuado con la declaración de la señora Dolores Castillo de Delgado.

No hallando la Corte justificado el error de hecho evidente que sirve de base al autor del recurso para acusar la sentencia de violación de la ley, es preciso concluir que no prospera el reparo respectivo.

Por tanto, la Corte Superma, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal de Cali el cinco de septiembre de mil novecientos veintinueve, y condena en costas a la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN N. MENDEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Joaquín Guzmán L. demandó a Moses A. Sananes y Atenáis Reinales para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que es nulo, de nulidad absoluta, por razón de no tener causa real, o sea porque es un contrato simulado, el de compraventa que aparece celebrado entre Moses A. Sananes L. y Atenáis Reinales, que se hizo constar en la escritura pública número ciento setenta y dos, otorgada ante el Notario del Circuito de Girardot, el tres de marzo de mil novecientos veinticuatro.

"b) Que siendo nulo ese contrato, por ser simulado o ficticio, se declare que los bienes o derechos aparentemente vendidos por medio de la escritura pública número ciento setenta y dos, otorgada ante el Notario del Circuito de Girardot el tres de marzo de mil novecientos veinticuatro, pertenecen a la comunidad de donatarios, enumerados en la escritura pública número quinientos cincuenta y tres, otorgada en la Notaría de este Circuito el treinta de septiembre de mil novecientos veinticinco."

El Juez falló:

"1º Que es nulo, de nulidad absoluta, porque es un contrato simulado, el de compraventa que aparece celebrado entre Moses A. Sananes L. y Atenáis Reinales, que se hizo constar en la escritura pública número ciento setenta y dos, otorgada ante el Notario del Circuito de Girardot el tres de marzo de mil novecientos veinticuatro."

"2º Que los derechos y acciones aparentemente vendidos por medio de la escritura pública número ciento setenta y dos, relacionada en el punto anterior, pertenecen a la sucesión de María de Jesús Guzmán, comprobada como está la revocatoria del mandato y la muerte de la misma Guzmán."

"3° Que, como consecuencia de esta declaratoria de nulidad, se ordena la cancelación del registro de la escritura número ciento setenta y dos, relacionado en el punto primero de la parte resolutoria de esta sentencia, para lo cual se librará oficio al señor Registrador de instrumentos públicos y privados de este Circuito; y

"4° Que son de cargo de los demandados las costas de este juicio."

Apelada la sentencia por los demandados, el Tribunal de Ibagué la revocó, y los absolvió de los cargos de la demanda.

Se interpuso recurso de casación contra ese proveído, recurso que se admite y estudia.

Ante la Corte no se fundó el recurso, de suerte que se estudiará el memorial presentado ante el Tribunal, en el cual se interpuso el recurso y se fundó.

Allí se alega en primer término la violación de los artículos 561 y 562 del Código Judicial, por no haberlos aplicado al caso del pleito, y ella consiste en que el Tribunal no apreció la confesión extrajudicial de Sananes, que en presencia de dos testigos dijo que era simulado el contrato celebrado con la señorita Reinales.

El sentenciador sí tuvo en cuenta la confesión de Sananes, pero consideró que ella apenas podría constituir una grave presunción, que quedaba desvanecida con las declaraciones contestes de dos testigos, que presenciaron cuando la compradora Reinales le entregó el precio al vendedor Sananes, hecho consignado en la misma escritura.

Así se expresa el sentenciador al respecto:

"El Juzgado del conocimiento hace las declaraciones de nulidad y otras de la parte resolutoria de la sentencia revisada, fundándose en que el contrato contenido en la escritura pública número ciento setenta y dos es simulado, y hay indicios que lo demuestran, como son: haberle oído decir a Sananes los testigos Pedro Antonio Leiva e Isauro Pulecio, que la escritura que le había otorgado él a la Reinales era de confianza, y tenía por objeto asegurar una suma que le adeudaba María de Jesús Guzmán; haberle oído decir el testigo Delio Barrios a la señorita Atenáís Reinales, hablando con María de Jesús Guzmán, que las cosas no eran como se las habían referido; que en la escritura que le había otorgado Sananes lo que constaba más bien era una hipoteca, y que si quería vender realmente su finca, ella le daría el excedente, para que el contrato se convirtiera en real y verdadero; y no tener dinero con qué hacer ninguna operación de comercio la Reinales, por la época del contrato, según lo dan a entender los testigos Eugenio Guzmán y Manuela Cuéllar.

"Los indicios apuntados por el Juzgado tienen, indudablemente, fundamento en las declaraciones de Pedro Antonio Leiva, Isauro Pulecio, Aniceta Rojas, Delio Barrios, Eugenio Guzmán, Manuela Cuéllar y Abraham Hernández, de la parte actora, pero habiendo traído los demandados las declaraciones de Salvador Monzón y Jesús María Beltrán C., de las cuales se hizo mención hace un momento, los indicios que sirvieron para la sentencia condenatoria pierden su fuerza plena, toda vez que de una manera positiva y precisa viene a quedar establecido que la señorita Reinales sí tenía dinero con qué pagar el precio de la venta de derechos herenciales que le hizo Sananes, como apoderado general de María de Jesús Guzmán L., recobrando así todo su valor la declaración hecha por Sananes en la escritura número ciento setenta y dos, de que la cesión de derechos he-

renciales la efectuó por una suma de dinero que entregó la señorita Reinales, y el hecho de que hubo una causa real por parte de Sananes, como mandatario de la señorita María de Jesús Guzmán L. en el contrato expresado en la escritura número ciento setenta y dos.

"Monzón y Beltrán no se limitan a decir que se afirman y ratifican en sus declaraciones. Repiten los hechos que expusieron en el Juzgado Municipal de Girardot el día cuatro de octubre del año próximo pasado. Sus testimonios se ajustan a la exigencia del artículo 638 del Código Judicial, y además concuerdan en las circunstancias de modo, tiempo y lugar (artículo 607 ibidem).

"Los mismos testigos dan cuenta de un suceso que presenciaron: el mismo que narra la escritura pública número ciento setenta y dos, del tres de marzo de mil novecientos veinticuatro, suceso que incluye entre sus circunstancias la de que la señorita Reinales tenía dinero para pagar el precio de los derechos herenciales que compraba."

Estas declaraciones dicen en lo pertinente lo siguiente:

"..... Félix María Beltrán C. Conozco personalmente de vista, trato y comunicación a la peticionaria y al español señor Moses A. Sananes, y por este conocimiento me consta, por haberlo presenciado, que en la Notaría de esta ciudad se suscribió la escritura número ciento setenta y dos, de fecha tres de marzo de mil novecientos veinticuatro, por la cual el señor Sananes, como apoderado de la señorita María de Jesús Guzmán, vendió a Atenáís Reinales unos derechos herenciales en los globos de La Discordia, La Trinidad y otros, en jurisdicción del Municipio del Guamo. Al tercero: igualmente me consta, y recuerdo perfectamente, en mi calidad de testigo instrumental de dicha escritura, que la señorita Reinales pagó de contado al señor Sananes el valor de dichos derechos, pues aun cuando el señor Sananes no contó el dinero, lo vi recibir por él en el acto de firmar la escritura en referencia en la cual declaró asimismo haberlo recibido....."

"..... Salvador Monzón. Conozco de vista, trato y comunicación a la peticionaria y al español Moses A. Sananes, y recuerdo perfectamente que este señor, en su calidad de apoderado de la señorita María de Jesús Guzmán, suscribió en la Notaría de esta ciudad la escritura número ciento setenta y dos (172), de tres de marzo de mil novecientos veinticuatro, por la cual el señor Sananes hizo retroventa a favor de la peticionaria Atenáís Reinales, de unos derechos herenciales en los globos de La Discordia, La Trinidad y otros, en jurisdicción del Municipio del Guamo. Al tercero: igualmente recuerdo, y me consta por haberlo presenciado, en mi calidad de testigo instrumental, de la escritura de que se habla en el punto anterior, que la venta se hizo por la suma de mil ochocientos sesenta pesos (\$ 180.60) (sic) moneda corriente, que la peticionaria Atenáís Reinales, personalmente, le entregó en billetes al señor Sananes, por lo cual él declaró, aun cuando no contó, haber recibido a su satisfacción el valor de la venta, en la misma Notaría, en el mismo día y hora en que se firmó la escritura....."

Considera violado igualmente el artículo 590 del Código Judicial, por cuanto apareciendo comprobados en el expediente varios indicios vehementes, el sentenciador no los apreció, violando esa disposición por falta de aplicación.

Esos indicios son, a juicio del recurrente, "la declaración de Sananes de ser escritura de confianza la que hizo con Atenáis Reinales; la declaración que ésta hizo a María de Jesús Guzmán de que si quería le completaba el valor de la finca sobre lo que la señora Guzmán debía a Sananes; el hecho de no tener Atenáis Reinales, al tiempo del contrato, dinero para pagar la finca, etc., etc.; indicios que, al no ser apreciados, como no lo fueron por el juzgador, como constitutivos de una plena prueba, constituyeron un evidente error de hecho."

Ya se ha visto que esos indicios los tomó en cuenta el sentenciador, pero consideró que las explícitas declaraciones de los testigos Salvador Monzón y Félix M. Beltrán eran suficientes para desvirtuarlas, y para ello invocó la jurisprudencia de la Corte, y dijo:

"Si para probar la simulación de contratos se admite la prueba testimonial, según jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia (casación, 19 abril de 1921, tomo XXVII, Gaceta Judicial, 340, 3°), no se ve la razón para desechar el testimonio de las personas que figuraron como testigos instrumentales cuando se trata de corroborar la verdad del contenido de una escritura pública.

"Las declaraciones de testigos que no versen sino sobre hechos de que pueden deducirse meros indicios, no pueden oponerse a los testimonios positivos y directos de los testigos instrumentales." (Casación, 15 marzo 1923, tomo XXX, Gaceta Judicial, 26, 3°).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de fecha treinta de noviembre de mil novecientos veintinueve.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio dos de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

El veinticinco de agosto de mil novecientos veintisiete se presentó ante el señor Juez 1° del Circuito del Socorro una demanda que en lo conducente dice:

"Yo, Jorge Gómez Silva, varón, mayor de edad y vecino de San Gil, en ejercicio del poder que me confirió el doctor Francisco Díaz Acebedo, mayor de edad y vecino de Tunja, que acompaño, para que inicie y siga demanda de mayor cuantía contra el señor Basilio Quintero, sobre entrega de un lote de tierra y otorgamiento de la correspondiente escritura, muy atentamente manifiesto a usted:

"Por escritura número 315, otorgada ante el señor Notario de Leiva el 11 de octubre de 1906, entre Simona Pardo y Basilio Quintero, la primera de éstos dio en venta todos los derechos y acciones que le correspondieran en la comunidad de la hacienda de Guapza o Guausa,

ubicada en el Municipio de Gámbita. El precio de la venta fue el de mil pesos (\$ 1,000) oro, de los cuales el comprador pagó quinientos pesos (\$ 500) y por el resto se estableció en la cláusula 4° de dicha escritura, que el comprador lo satisfaría a los señores Cristóbal y Manuel González tan luego como cumplieran la mayor edad, con la condición expresa de que si dichos señores optaban más bien por el señalamiento de un lote de tierra equivalente a la mitad del precio de la venta, el comprador Quintero lo entregaría, es decir, la mitad del lote que le correspondiera en la mencionada comunidad.

"Por escritura número 7, de 9 de enero de 1926, otorgada ante el señor Notario de Leiva, se determinó el lote de tierra que en definitiva le correspondió a Basilio Quintero en la Guausa, por los linderos siguientes: desde un mojón que se fijó en la orilla del río Chuqueque, tomando dirección hacia el Sur y pasando por otro mojón que se fijó al pie de unos ranchitos, a buscar, en línea recta, otro mojón que fijó en la confluencia de la quebrada de Ortiz, con el brazo de Chuqueque, y de aquí, siguiendo por el cauce de la misma quebrada de Ortiz, hasta encontrar la punta de un cimiento; y siguiendo por todo este cimiento, hasta encontrar otro cimiento en el punto de Las Corralejas; de este punto, por otro cimiento, a la quebrada de Ortiz; y siguiendo éste, aguas arriba, hasta encontrar un mojón marcado con cruz, que se puso al pie de un grao marcado con cruz igualmente; de este mojón, siguiendo por un zanjón natural, hasta encontrar un manchador que se halla al pie de un cimiento, al pie del cual se puso un mojón en el sitio de La Callejuela, camino que conduce a Leiva; todo este camino hacia el Sur, que se denomina Gaitas, hasta encontrar La Cumbre, línea divisoria de la hacienda de Guausa; de este punto sigue hacia el Occidente, por los linderos generales de la hacienda y vuelve hacia el Norte, también por los linderos generales, hasta encontrar el ojo de agua, y de aquí, al río Chuqueque, todo éste arriba, hasta el primer lindero.

"Por escritura número 538, otorgada ante el señor Notario 1° del Circuito de Tunja el 2 de junio de 1925, el señor Manuel González Umaña vendió al doctor Luis A. Mariño Ariza el derecho que se le reconoció en el contrato celebrado entre los señores Simona Pardo y Basilio Quintero, en la escritura número 315 citada, o sea la mitad de lo que allí se le reconoce al vendedor y a su hermano Cristóbal González Umaña, junto con el derecho de opción consignado en dicho título.

"Por escritura número 559, de 12 de marzo de 1925, otorgada ante el señor Notario 1° del Circuito de Bogotá, el señor Cristóbal González Umaña confirió poder al doctor Luis A. Mariño Ariza para que reclamara el derecho que al poderdante se le reconoció en el contrato ya referido, celebrado entre Simona Pardo y Basilio Quintero, por la escritura número 315, quedando facultado el apoderado para recibir en dinero o aceptar la escritura del terreno de Guausa y entrar en posesión de él.

"Por escritura número 347, de 12 de abril de 1926, otorgada ante el Notario 1° del Circuito de Tunja, el doctor Luis A. Mariño Ariza le vendió al doctor Francisco Díaz Acebedo los derechos que les correspondieran a los señores Manuel y Cristóbal González Umaña,

de conformidad con la cláusula 4ª del contrato celebrado entre la señora Simona Pardo y Basilio Quintero, según consta en la escritura 315, tantas veces citada, venta autorizada por la ley, porque él le compró a Manuel González Umaña y tenía poder de Cristóbal González Umaña para recibir en dinero o para tomar posesión del lote de terreno.

"Por las razones expuestas, a nombre de mi poderdante, señor doctor Francisco Díaz Acebedo, demando al señor Basilio Quintero, varón, mayor de edad y vecino del Municipio de Gámbita, para que mediante la tramitación de un juicio ordinario, se le condene a hacer escritura y entrega de la mitad del terreno de Guapza o Guausa, ubicado en jurisdicción del Municipio de Gámbita, y alinderado en la forma arriba expresada, a favor de mi poderdante y de acuerdo con el derecho de opción estipulado en la cláusula 4ª de la escritura 315, otorgada ante el señor Notario de Leiva el 11 de octubre de 1906.

"Son hechos fundamentales de esta demanda:

"Primero. Que Manuel y Cristóbal González Umaña llegaron a la mayor edad, según consta en las partidas de origen eclesiástico que en copia acompaño.

"Segundo. Que dichos señores González Umaña tenían el derecho de opción para recibir la mitad del precio que quedó debiendo Basilio Quintero en la compra que le hizo a Simona Pardo de sus derechos en la hacienda de Guapza, o para pedir la mitad de dicho terreno, derecho por que opta hoy mi poderdante.

"Tercero. Que Manuel y Cristóbal González Umaña cedieron sus derechos al doctor Luis A. Mariño Ariza y éste a su vez los vendió al doctor Francisco Díaz Acebedo; y

"Cuarto. Que por la cláusula 4ª de la escritura 315, otorgada ante el Notario de Leiva el 11 de octubre de 1906, la señora Simona Pardo, al vender a Basilio Quintero sus derechos en la hacienda de Guapza, reservó la mitad del dominio en dicha hacienda en favor de los señores Manuel y Cristóbal González Umaña, estableciendo la opción allí indicada.

"Derivo mi acción de los artículos 946, 947, 948, 949, 669 y 756 del Código Civil.

"La cuantía de esta acción la estimo en la suma de novecientos pesos oro."

Más tarde se presentó una aclaración concebida en estos términos:

"Señor Juez 3º del Circuito del Socorro:

"Yo, Jorge Gómez Silva, varón, mayor de edad y vecino de San Gil, atentamente manifiesto a usted que como apoderado del doctor Francisco Díaz Acebedo en la demanda promovida contra el señor Basilio Quintero, sobre entrega de la mitad o un lote de la hacienda de Guapza, haciendo uso del derecho que consagra el artículo 268 del Código Judicial, aclaro la demanda en la siguiente forma, en la parte petitoria:

"Que se declare que el dominio en la mitad de la hacienda de Guapza, que la señora Simona Pardo reservó en favor de Manuel y Cristóbal González Umaña, pertenece hoy al doctor Francisco Díaz Acebedo, por cuanto éste compró los derechos que los González Umaña tenían en dicha finca, alinderada en la forma expresada en la demanda; y que en consecuencia se condene al

demandado a entregar a favor de mi poderdante la mitad de la mencionada hacienda.

"Dejo en esta forma aclarada y corregida la demanda.

"Solicito que para notificar la demanda y la presente aclaración al demandado, se remita todo original.

"Socorro, septiembre 9 de 1927.

"Señor Juez.

"Jorge Gómez Silva"

Después de un incidente de excepciones dilatorias que no prosperó, el doctor Luis Antonio Martínez, apoderado del demandado, contestó la demanda oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas por el actor. Respecto de los hechos aceptó unos y negó otros. Terminó proponiendo las excepciones perentorias de novación, transacción y falta de acción en el poderdante.

El señor Juez de primera instancia puso fin a ésta con la sentencia de siete de noviembre de mil novecientos veintiocho, que en su parte resolutive dice:

"1º Decláranse no probadas las excepciones perentorias de novación y transacción propuestas por el perceptor del demandado.

"2º No es procedente la acción de dominio instaurada por el demandante doctor Francisco Díaz Acebedo, para que se declare que éste es dueño de la mitad de la hacienda de Guausa, determinada en la demanda visible al folio 16 y señalada por los linderos que adelante se expresarán.

"3º Condénase al señor Basilio Quintero a que dentro del término de seis días, transcurridos desde la ejecutoria del presente fallo, otorgue al doctor Francisco Díaz Acebedo, en su carácter de comprador de los derechos que pertenecieron a Cristóbal y Manuel González Umaña, o a los herederos del expresado doctor Díaz Acebedo, llegado el caso, la correspondiente escritura de traspaso del dominio de un lote de tierra del que correspondió al citado señor Basilio Quintero en la hacienda de Guapza o Guausa, y que está señalado por los siguientes linderos, lote que debe guardar relación en su valor con la suma de quinientos pesos oro o su equivalente en billetes, conforme a la estipulación contenida en la cláusula 4ª de la escritura suscrita en la Notaría de Leiva el once de octubre de mil novecientos seis:

"Desde un mojón que se fijó en la orilla del río Chuqueque, tomando dirección hacia el Sur y pasando por otro mojón que se fijó al pie de unos ranchitos, a buscar en línea recta otro mojón que se fijó en la confluencia de la quebrada de Ortiz con el brazo de Chuqueque, y de aquí siguiendo por el cauce de la misma quebrada de Ortiz hasta encontrar la punta de un cimientito; y siguiendo por todo este cimientito hasta encontrar otro cimientito, a la quebrada de Ortiz; siguiendo ésta aguas arriba, hasta encontrar un mojón marcado con cruz que se puso al pie de un grao marcado con cruz igualmente; de este mojón, siguiendo por un zanjón natural, hasta encontrar un manchador que se halla al pie de un cimientito, al pie del cual se puso un mojón en el sitio de la Callejuela, camino que conduce a Leiva; todo este camino hacia el Sur, que se denomina de Gaitas, hasta encontrar la Cumbre, línea divisoria de la hacienda de Guausa; de este punto sigue hacia el Occidente, por los linderos generales de la hacienda y vuelve hacia el Norte, también por los linderos

generales, hasta encontrar el ojo de agua, y de aquí al río Chuquique, todo éste arriba, hasta el primer lindero.

"4º Absuélvese al señor Basilio Quintero de los demás cargos contenidos en la demanda y en su aclaración y corrección."

"Sin costas."

De este fallo apelaron ambas partes. En virtud de esa apelación subieron los autos al Tribunal Superior de San Gil; y allí, después de surtida en legal forma la segunda instancia, se dictó la sentencia de cinco de julio de mil novecientos veintinueve, por la cual se confirmó, en todas sus partes, la del señor Juez a quo.

Contra el fallo del Tribunal interpusieron recurso de casación tanto el demandante como el demandado, el cual les fue concedido. Para conocer de ese recurso vinieron los autos a la Corte, y como aquí se ha dado al asunto la tramitación que le corresponde, es llegado el caso de decidir lo que sea legal.

Los apoderados de las partes fundaron el recurso ante el Tribunal. Ante la Corte otros apoderados de las mismas partes presentaron también demandas de casación. Hay, pues, cuatro demandas de esta especie. La Corte empieza su estudio por la demanda del actor, por lo que se verá adelante.

Demanda del apoderado del actor presentada ante el Tribunal.

Se alega la causal segunda fundada en que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones que se formularon en la demanda por la circunstancia de que ésta contiene la acción reivindicatoria detallada en los artículos 946, 947, 948 y 949 del Código Civil, en relación con los artículos 669, 756 y 794 de la misma obra; y que como el Juez estimó que no era el caso de ejercitar acciones reales sino personales, y el Tribunal confirmó la sentencia y no falló sobre la reivindicación, violó todas aquellas disposiciones; por cuanto no estimó que se trataba de una acción real.

Se responde:

El Tribunal no dejó de fallar sobre la acción real, pues dice que el demandante no la comprobó, y absolvió de ese cargo al demandado. Si al interpretar la demanda estimó que no se trataba de una acción real, eso no es incurrir en la causal segunda, sino en mala apreciación de la demanda, lo que da lugar a la causal primera.

Ahora, si por mala estimación de la demanda el sentenciador dejó de aplicar los artículos relativos a la acción reivindicatoria, entonces la acusación tendría que fundarse en error evidente de hecho o de derecho en la estimación de esa pieza del proceso, y no en violación directa de los referidos artículos. Como el recurrente no ha procedido así, su demanda no puede prosperar.

Demanda de casación del apoderado del demandado presentada ante la Corte.

Se alegaron las causales primera y segunda de las que reconoce el artículo 2º de la Ley 169 de 1896,

Causal segunda. Como fundamento de esta causal dice el recurrente lo siguiente, en síntesis:

Que el demandante ejercitó en su primitiva demanda una acción personal "sobre el otorgamiento de la escritura y la entrega de la mitad del terreno de Guausa para el doctor Díaz Acebedo, de acuerdo con la cláusula cuarta de la escritura número 315 de 11 de octubre de 1906," acción que implica—dice el recurrente—la solución definitiva de la manera como se debía cumplir el contrato de compraventa de la citada escritura 315, respecto del pago de la suma de quinientos pesos por el señor Basilio Quintero al doctor Díaz Acebedo, según lo estipulado allí. Pero que el demandante corrigió esa demanda por la reivindicatoria del dominio de la hacienda de Guausa y su entrega al demandante, acción que implica—dice el recurrente—la solución definitiva acerca del derecho de dominio que el doctor Díaz Acebedo tenía en la mitad del terreno demandado. Que habiendo quedado sustituida por esa corrección la primitiva demanda con la segunda, puesto que no podían subsistir a la vez y no haberse ejercitado en subsidio una de otra, como se ve comparando la demanda primitiva y la corrección, ni el Juez ni el Tribunal tenían por qué fallar sobre la primera, y como no obstante eso la consideraron y fallaron, incurrieron en error de hecho evidente y en error de derecho con los cuales violaron el artículo 835 del Código Judicial, que es disposición sustantiva, como lo tiene reconocido la Corte, y según el cual la sentencia definitiva debe recaer sobre la cantidad o hecho demandado, y nada más que sobre eso. No cita el recurrente más disposiciones que hubieran sido violadas.

Se considera:

Los errores de hecho y de derecho en que incurriera el Tribunal al decidir sobre la acción personal primeramente ejercitada, interpretando que la corrección de la demanda no era sustitutiva, sino simplemente aclarativa de aquélla, no pertenecen a la causal segunda sino a la primera. De manera que los motivos que preceden no pueden tomarse en cuenta como fundamento de la causal segunda. Pero como el recurrente alegó también la causal primera, precisa proceder a su estudio.

Causal primera. Violación del artículo 835 del Código Judicial, por error de hecho evidente y de derecho en la interpretación de la demanda primitiva y su corrección. Con fundamento en lo que se acaba de sintetizar a propósito de la causal segunda de la demanda que se considera, dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente al fallar en el punto tercero de la sentencia, la única parte petitoria de la demanda primitiva, a pesar de no haber quedado vigente en virtud de la corrección sustitutiva que le hizo el demandante y no haberse ejercitado las dos acciones como subsidarias una de otra. Deduce el autor del recurso el error de derecho de haber procedido el Tribunal contra lo dispuesto en el artículo 835 del Código Judicial.

Se considera:

La Corte encuentra fundado este cargo, porque siendo como son, no sólo de naturaleza distinta sino incompatibles entre sí la acción para el otorgamiento de la escritura del terreno a favor del demandante y la acción para que se reconociera que es dueño del mismo terreno, y habiendo expresado el actor que aclaraba y corregía la demanda, no es lógico deducir o interpretar

que esa aclaración y corrección dejó subsistente la primera demanda en su parte petitoria. Porque no se aclaró simplemente una acción ejercitada en una demanda con otra acción de naturaleza distinta y diciendo, como ocurre en este caso, que se corrige la primera; la aclaración se realiza, por ejemplo, cuando se agregan elementos que hagan más comprensible la acción a que ella se refiere. Porque tampoco puede inferirse, sin prueba de ello en los autos, que el actor hubiera entendido que al ser incompatibles dichas acciones entre sí había propuesto la segunda como subsidiaria de la primera para que fuera el caso del artículo 270 del Código Judicial, y así, no obstante la corrección, hubiera quedado bajo la jurisdicción del Juez y del Tribunal la acción primeramente deducida. La manera de proponer una acción es derecho exclusivo del demandante, lo mismo que su responsabilidad, y cuando de los términos que emplea se deduce lógicamente cuál ha sido su intención, no es lícito al juzgador proceder a interpretarlos aun con el propósito plausible de llegar a solución justa.

De lo anterior concluye la Corte que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente al fallar con el Juez la acción personal primeramente deducida sobre otorgamiento de la escritura y entrega del lote de terreno de Guausa, por haber quedado fuera del debate con la corrección de la demanda, y ese error lo llevó a violar el artículo 835 del Código Judicial, por lo cual debe cassarse parcialmente la sentencia en cuanto confirma el punto tercero de la parte resolutive de la de primera instancia. Por consiguiente dicha acción, que fue sustituida por la otra, no queda fallada en este pleito y subsisten al respecto los derechos del demandante.

Debiéndose pues reformar el fallo de primera instancia, no procede condenar en costas al demandante, como lo hizo el Tribunal.

No se considera la última demanda de casación porque los cargos en ella hechos al fallo del Tribunal, se refieren a la primera acción instaurada, que como se ha dicho, queda fuera del debate por la reforma de la demanda.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de fecha cinco de julio de mil novecientos veintinueve, proferida en este juicio, en cuanto confirma el punto tercero de la de primera instancia, o sea el referente a la acción personal para el otorgamiento de la escritura y consiguiente entrega del lote de terreno materia del juicio; reforma en este punto el fallo de primera instancia dejándolo subsistente tan sólo en los puntos segundo y cuarto en que el Juez niega al demandante Díaz Acebedo la acción reivindicatoria del lote de terreno de Guausa, de que trata la corrección de la demanda, y en cuanto absuelve por este cargo al demandado. Queda por lo mismo vigente en este punto la sentencia del Tribunal.

Absuélvase al demandante de las costas de la segunda instancia y de las del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN N. MENDEZ — Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veintidós de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

Por conducto de apoderado, el señor Manuel Morales P. estableció una demanda por la vía ordinaria contra la señora Lorenza Vásquez, para obtener las siguientes declaraciones, según palabras textuales de aquél:

"a) Que mi poderdante, señor Manuel Morales P., tiene el carácter de legítimo heredero de la finada Petrona A. Morales, en representación de su padre legítimo señor Gerardo Morales, hermano natural de la expresada finada.

"b) Que la demandada señora Lorenza Vásquez carece de derecho para heredar a la finada Petrona Morales, en representación de la finada Francisca Valdés, por no tener ésta el carácter de hermana natural de aquélla, ni tener, de consiguiente, dicha demandada el parentesco que afirma de sobrina natural de la misma.

"c) Que carecen, en consecuencia, de valor legal y de eficacia la sentencia sumaria del señor Juez 2° del Circuito, de fecha diez y siete de agosto de mil novecientos diez y ocho, por la cual se declara a la demandada Lorenza Vásquez heredera de la finada Petrona Morales; la partición practicada en el juicio de sucesión de esa finada y la adjudicación de los bienes de la misma a dicha demandada como su heredera, y la sentencia del señor Juez 2° del Circuito, de fecha catorce de diciembre de mil novecientos diez y ocho, que aprueba tal partición y adjudicación y le puso fin al expresado juicio.

"d) Que debe procederse—y así se ordena—a la práctica de nuevas diligencias de inventario y avalúo y partición de los bienes de la mencionada sucesión, en fuerza de la nulidad de tales actos, con motivo de las circunstancias apuntadas, y para el efecto de transmitir a mi poderdante, en forma legal, los bienes de la causante Petrona Morales, como su legítimo heredero; y

"e) Que la demandada Lorenza Vásquez se encuentra en la obligación de restituir a mi poderdante, en su carácter de único y legítimo heredero de la finada Petrona Morales, los bienes de la sucesión de ésta, que indebidamente le han sido adjudicados, y los frutos naturales y civiles de esos bienes, que haya percibido y que perciba hasta que verifique la restitución.

"En el evento de que las anteriores peticiones, que como acción principal dejo consignadas, no llegaren a prosperar en su totalidad, demando, subsidiaria y condicionalmente, que entonces se hagan por usted estas declaraciones:

"f) Que mi poderdante, señor Manuel Morales P., tiene el carácter de heredero de la finada Petrona Morales, en representación de su finado y legítimo padre Gerardo Morales, hermano natural de esa finada.

"g) Que carece de valor legal y eficacia el acto de partición y adjudicación de los bienes de la sucesión de la citada finada, con motivo de no habérsele adjudicado a mi poderdante en esa partición la cuota hereditaria que le corresponde como heredero, y que carece también de eficacia la sentencia a que antes he aludido, que aprueba esa partición.

"h) Que consecuentemente se declara nula la referida partición y se decreta la práctica de una nueva partición en el juicio de sucesión de la finada Petrona Morales, para el efecto de que en ella le sea adjudicada

a mi poderdante la cuota que le corresponde en los bienes de ésta, como su heredero, en representación de su finado legítimo padre Gerardo Morales, hermano natural de la mencionada causante.

"1) Que la demandada señora Lorenza Vásquez debe restituírle a mi poderdante, una vez terminado el juicio de sucesión, mediante la ejecutoria de la sentencia que apruebe la nueva partición, la cuota proporcional que le corresponda de los frutos naturales y civiles de los bienes de la sucesión que haya percibido y que perciba hasta la fecha de la restitución."

Hé aquí los hechos de la demanda:

"1º Petrona Morales murió en esta ciudad en el año de mil novecientos diez y seis, sin dejar cónyuge ni ascendientes legítimos ni naturales, ni descendientes de ninguna clase.

"2º Gerardo Morales falleció en esta ciudad con anterioridad a Petrona Morales, o sea en el mes de agosto del año de mil ochocientos setenta y ocho.

"3º Gerardo Morales y Petrona Morales eran hijos naturales del finado Sixto Morales, y, por consiguiente, hermanos naturales: estado civil que adquirieron de acuerdo con la legislación civil del extinguido Estado Soberano de Bolívar, expedida por la Asamblea de dicho Estado en sus sesiones de 1861 y 1862, y con las leyes españolas que rigieron antes de esa legislación.

"4º Mi poderdante, señor Morales P., está en posesión del estado civil de hijo legítimo del finado Gerardo Morales.

"5º Niego en absoluto que la finada Francisca Valdés, de quien afirma la demandada Lorenza Vásquez es hija legítima, hubiera tenido el parentesco de hermana natural de la finada Petrona Morales.

"6º Niego, de consiguiente—rotundamente,—que la demandada señora Lorenza Vásquez está en posesión del estado civil de sobrina natural de la finada Petrona Morales, que la habilite para heredar a ésta en representación de la señora Francisca Valdés, como hermana natural de aquella finada.

"7º La declaratoria de ser Lorenza Vásquez heredera de la finada Petrona Morales, como sobrina natural de ésta y en representación de la finada Francisca Valdés, como madre legítima de la demandada y como hermana natural de la señora Morales, carece de fundamento legal que la justifique, por no ser ciertos en su totalidad dichos hechos, y resultar, de consiguiente, desprovista de eficacia contra mi poderdante.

"8º Es, por ende, ineficaz la partición practicada de los bienes de la sucesión de la finada Petrona Morales, así como también la sentencia antes citada que aprueba tal acto, por no tener la demandada el carácter de heredera que le impugno, en atención al cual le fueron adjudicados los bienes de la sucesión de que vengo hablando, y por haberse privado a mi poderdante de su derecho a tales bienes.

"9º Se impone la práctica de nuevas diligencias de inventario, avalúo y partición de los bienes de la mencionada sucesión, con motivo de la ineficacia de las practicadas, y con el fin de que se adjudique a mi poderdante la totalidad de la herencia como único heredero, o en subsidio, la cuota que de ella llegue a corresponderle."

La demandada contestó oponiéndose a la acción deducida.

El señor Juez 2º del Circuito de Cartagena, en sentencia de veintitrés de febrero de mil novecientos veintiséis, accedió a lo solicitado en las peticiones principales.

Por apelación de la demandada, subió el asunto al Tribunal Superior de Cartagena, quien, en sentencia de siete de febrero de mil novecientos treinta, confirmó la del Juez.

La señora Vásquez interpuso recurso de casación, fundándolo, aunque brevemente, ante el Tribunal, y ante la Corte un apoderado amplió el recurso.

Lo admite esta Superioridad por hallarse en las condiciones legales y procede a decidirlo.

En el memorial dirigido al Tribunal se alega la primera causal de casación por violación del artículo 1758 del Código Civil, porque el sentenciador aceptó, como instrumentos públicos o auténticos, las certificaciones eclesiásticas aducidas por el actor. El artículo violado llama tales a los autorizados con las formalidades legales, y de las certificaciones presentadas no puede decirse que lo estén por funcionario competente. El Código Judicial actual requiere que durante el término de pruebas (artículo 679) esos documentos sean pedidos por el mismo Juez, y no vale sostener, como lo hace el Tribunal, que por estar en vigencia la Ley 103 de 1923 en la época de las probanzas, ese requisito no se necesitaba, porque la misma Ley (artículos 703, 704 y 705) mandaba presentarlos por medio de despachos librados a los funcionarios encargados de su custodia o ante quienes se hallaban tales documentos.

Se considera:

Este reparo había sido ya formulado en el alegato de instancia y el Tribunal contestó que, por estar rigiendo a la sazón la Ley 103 de 1923, era admisible la manera como se presentaron los certificados. Y en efecto, el artículo 703 de dicha Ley era facultativo, es decir, autorizaba a las partes para pedirle al Juez que librara despachos con el fin de conseguir los instrumentos públicos que ellas no hubieran presentado o podido presentar con la demanda o su contestación; mas no establecía la prohibición, como lo hace el artículo 679 del Código de ahora, de aducir directamente tales documentos en el término probatorio. El artículo 722 de la mencionada Ley 103 estatúa que los instrumentos públicos y privados podían ser presentados en el término de pruebas, sin exigir que ello se hiciera por conducto de despacho librado por el Juez; de donde se sigue que los artículos 703 y 704 no excluían la presentación directa de los documentos. Por tanto, no procede el cargo.

Se agrega en el memorial dirigido al Tribunal que éste quebrantó el artículo 399 del Código Civil, al aceptar como hechos ciertos la posesión notoria del estado del matrimonio entre Sixto Morales y Francisca Ayala y de hijo legítimo de Gerardo Morales, desde luego que las certificaciones acerca de la falta de la prueba principal no fueron aportadas al debate en forma legal. Empero, como queda demostrado que la aducción de esas piezas es admisible, el presente reparo tampoco puede prosperar.

El señor apoderado constituido ante la Corte invoca también la causal primera de casación, y como primer motivo alega que "una errónea interpretación del artículo 543 del Código Judicial llevó al Tribunal a violar tal disposición, como también la contenida en el 543 de la misma obra."

Explica el motivo diciendo que el Tribunal, por tratarse de hechos negativos (5º y 6º de la demanda), creyó

que tocaba probarlos al demandado, o estimó, como el Juez, que por tratarse de hechos negativos traducibles en hechos positivos contrarios, correspondía su prueba al demandado. Como no es privativo del demandante afirmar ni del demandado negar, uno y otro pueden asumir indiferentemente cualquiera de las dos situaciones en el juicio; y así se tiene que cuando el demandante inicia su ataque afirmando como fundamento de su demanda la existencia de un hecho que ha venido a destruir la situación normal de la libertad del demandado, debe probar la existencia de ese hecho; y cuando el demandante comienza ese ataque negando el hecho sobre el cual descansan las relaciones jurídicas actuales que él impugna, se impone distinguir:

a) Si la negativa que formula equivale para él a una serie indefinida de hechos negativos o a no haberse verificado una serie indefinida de hechos positivos, la equidad impone que sea el demandado quien deba suministrar la prueba del único hecho positivo contrario, que él posee como arma suficiente para destruir la negativa del demandante.

b) Cuando la negativa del demandante encuentra apoyo o razón en la ocurrencia de un hecho positivo contrario al negado, o, en otros términos, cuando la negativa que formula el demandante equivale a no haberse sucedido un hecho positivo, manda la misma equidad que sea el demandante quien pruebe este último hecho positivo y no el demandado. Es ésta la que los tratadistas llaman negativa definida.

En el caso actual, Manuel Morales P., demandante, sienta como fundamento de su demanda esta negación: Francisca Valdés no es hermana natural de Petrona Morales; negación susceptible de descomponerse así: Francisca Valdés no es hermana de Petrona Morales; la Valdés es hermana de la Morales, pero no hermana natural. Lorenza Vásquez no acepta este hecho, es decir, afirma que Francisca Valdés sí es hermana natural de Petrona Morales. ¿Quién debe probar? Tómese el primer extremo de la negación: Francisca Valdés no es hermana de Petrona Morales, y se verá que él equivale a sostener que la Valdés tiene otra madre distinta de María Eustaquia Godoy, contra lo que sostiene la demandada y fue reconocido en la declaración sumaria de heredero, pronunciada a favor de la Vásquez. Esta declaración establece un *statu quo*, que incumbe infirmar al adversario. La Vásquez tiene la situación de demandada y el demandante está en el deber de suministrar la prueba de la existencia del hecho nuevo que destruye la situación de heredero y poseedor que la demandada tiene adquirida.

"De lo dicho se deduce que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 543 del Código Judicial, error que lo condujo a la violación del mismo y a la del artículo 542 de la misma obra."

Se considera:

El demandante negó en el libelo que Francisca Valdés, de quien Lorenza Vásquez afirma ser hija legítima, hubiera tenido el parentesco de hermana natural de Petrona Morales y que dicha señora Vásquez esté en posesión del estado civil de sobrina natural de la finada Morales, que la habilita para heredar a ésta, en representación de la Valdés.

Estima la Corte que era a la demandada a quien tocaba probar el parentesco con la causante Petrona Morales, de quien se pretende heredera y cuyos bienes percibió a título de tal.

Esto, porque en el presente juicio ordinario sobre petición de herencia, la declaración sumaria de heredera que se hizo a su favor no produce un *statu quo* que la ampare, y así su situación de detentadora de aquellos bienes carece en realidad de prueba. Ha dicho esta Corte:

"En un juicio ordinario de petición de herencia no debe apreciarse como prueba del parentesco que debe establecerse la sentencia dictada en un juicio sumario de declaratoria de herederos, la cual, aunque ejecutoriada, no funda la excepción de cosa juzgada. Con tanto mayor razón si se tiene en cuenta que en el juicio sobre petición de herencia lo que se disputa es el título que a heredar se tenga, háyase o no declarado la existencia de ese título en el demandado. El juicio ordinario en que se intenta la acción de petición de herencia con exclusión del que ya tiene sentencia obtenida sumariamente, va encaminado directamente a invalidar esa sentencia. De manera que si ésta fuese plena prueba se incurriría en petición de principio." (Número 3289 del tomo 1° de la Jurisprudencia de la Corte Suprema).

Las enunciaciones negativas marcadas con los números 5° y 6° del libelo eran en realidad inútiles, pues le habría bastado al demandante aducir su parentesco con la causante, y probarlo, para que procediera la acción de petición de herencia; y le correspondía entonces a la demandada probar el derecho con que fue declarada heredera de Petrona Morales y con que se le hizo la adjudicación de los bienes sucesarios de ésta.

Así pues, siendo inútiles aquellas enunciaciones, resulta evidente que, de conformidad con los artículos 542 y 543 del Código Judicial, debía la señora Vásquez probar el parentesco en que apoya sus pretensiones, porque la prueba viene de tal suerte a versar sobre un hecho positivo. Por donde se comprende que no ha habido mala interpretación de estos artículos por el sentenciador y que no existe un *statu quo* a favor de la demandada, que al demandante le incumbiera destruir.

El segundo motivo se refiere a la condenación relacionada con los frutos.

Fue condenada Lorenza Vásquez, además de la restitución de los bienes, a la de los frutos civiles y naturales percibidos y que perciba hasta la restitución.

Como la Vásquez entró a poseer de buena fe los bienes, ya que tenía justo título, al tenor de la parte final del artículo 766 del Código Civil, el Tribunal ha debido declarar que la restitución no se entendía sino desde la contestación de la demanda.

"Si el Tribunal no hizo esa determinación, teniendo elementos para hacerlo, es claro que incurrió en violación del artículo 840 del Código Judicial, cuyo carácter sustantivo es incuestionable."

El tercer motivo dice que, aunque la sentencia no es clara respecto de la condenación de frutos, es desechable en cuanto ella pueda significar que se condena a la Vásquez a restituir los frutos percibidos desde que entró en posesión de la parte de bienes que ha de restituir. Esto es violatorio del inciso 1° del artículo 964, que resulta aplicado indebidamente, y de las siguientes disposiciones quebrantadas por omisión: inciso 3° del mismo artículo 964 y artículo 769.

"No advirtió el Tribunal que Lorenza Vásquez debía reputarse como poseedora de buena fe mientras no se le probara lo contrario, al tenor del artículo 769; ni advirtió que ella tenía un título justo para poseer, como

era la sentencia aprobatoria de la partición y adjudicación, dictada por el señor Juez 2º, sentencia que, debidamente registrada, obra en autos; ni tampoco tuvo en cuenta que el poseedor de buena fe no es obligado a restituir frutos sino a partir de la contestación de la demanda, que es cuando comienza a poseer sin buena fe, al tenor del artículo 964, inciso 3º"

La acusación que se hace a la sentencia de ser violatoria del artículo 766, en su parte final, presupone el error de hecho en que incurrió el sentenciador, al no haber advertido que en el proceso se encuentra una copia de la sentencia de partición y adjudicación debidamente registrada.

Se considera:

Como los motivos segundo y tercero se refieren en realidad a un solo punto, serán examinados conjuntamente.

A la restitución de los frutos y el abono de las mejoras, con arreglo al artículo 1323 del Código Civil, se aplican las reglas dadas para la acción reivindicatoria.

El poseedor de buena fe no es obligado a restituir los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda y hay que reconocerle buena fe a la señora Lorenza Vásquez, porque aquélla se presume, según el artículo 769, y porque la sentencia aprobatoria de la partición le sirve de justo título, al tenor de la parte final del artículo 766. No existe en Colombia el decreto de posesión efectiva, pero lo reemplaza, según jurisprudencia de la Corte, la sentencia de que se trata.

Ahora bien: como el Tribunal, al confirmar la sentencia del Juez, no fijó la época desde la cual se entiende la obligación de restituir los frutos, y la condenación del Juez abarca, por su generalidad, los frutos percibidos desde que la señora Vásquez entró en posesión de los bienes, es innegable que el sentenciador incurrió en las infracciones legales que se le atribuyen.

Por tanto, la sentencia en esta parte será casada y para resolver en instancia bastará reducir la condenación en frutos, de la manera que acaba de indicarse.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia a que se refiere este recurso, o sea en cuanto confirma la condenación impuesta por el Juez a Lorenza Vásquez de restituir los frutos civiles y naturales de los bienes desde que entró a poseerlos, y en su lugar resuelve:

Refórmase el numeral 5º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que Lorenza Vásquez debe restituir los frutos naturales y civiles de los bienes percibidos desde la contestación de la demanda. Lorenza Vásquez tiene derecho de obtener los abonos que le competan como poseedora de buena fe.

De la sentencia del Tribunal queda vigente la parte que confirma las restantes declaraciones de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.

Sin costas en este recurso.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

A virtud de denuncia hecho por Julián A. Henao de la mina de oro de aluvión, de antiguo descubrimiento, denominada **Castrillón**, ubicada en los Municipios de Santa Rosa, San Andrés y Belmira, se opusieron José de J. Céspedes y Emilio Correa U., el primero como dueño de mina colindante y del terreno en que está situada la mina **Castrillón**, y el segundo, con este mismo título.

Remitidas las diligencias al Juez del Circuito de Santa Rosa, se formalizó la oposición en estos términos:

1º Que es nulo el denuncia hecho por Alejandro López para Julián A. Henao, ante el Gobernador del Departamento, de la mina de oro de aluvión, denominada **Castrillón**, situada en el paraje del mismo nombre, en jurisdicción de este Distrito y de los de San Andrés y Belmira, denuncia que lleva fecha diez y nueve de abril de mil novecientos diez.

2º Que el dicho señor Henao carece absolutamente de derecho para que se le adjudique en propiedad y posesión la expresada mina en el rectángulo que se demarcó el día veinte de los corrientes, entre los terrenos de los señores Céspedes y Correa.

3º Que deben suspenderse definitivamente todas las diligencias relativas al denuncia de dicha mina, y archivar el expediente.

Por apelación de la sentencia del Juez, la cual absolvió al demandado, el Tribunal Superior de Medellín, en decisión de fecha veintidós de octubre de mil novecientos veintisiete, revocó la de primer grado, y falló así:

"1º No se hace la declaración solicitada en el número primero de la parte petitoria de la demanda.

"2º Declárase que Julián A. Henao carece de derecho para que se le adjudique en propiedad y posesión la mina de oro de aluvión denominada **Castrillón**, situada en el paraje del mismo nombre, en jurisdicción del Distrito de Santa Rosa y en la de San Andrés y Belmira, en el rectángulo que se marcó el día de la posesión, entre los terrenos de los señores José J. Céspedes y Emilio Correa U., a que dieron lugar las oposiciones de que se ha hecho mérito en este fallo; determinado este rectángulo por los linderos que expresa el numeral segundo de la parte petitoria de la demanda.

"3º En consecuencia del anterior pronunciamiento, no hay lugar a declarar la petición tercera de la demanda.

"No se hace condenación en costas."

La parte demandada en oposición, o sea Julián A. Henao, interpuso casación, recurso que es admisible, y se funda en la primera causal.

Primer cargo. Violación de los artículos 260 y 269 del Código Judicial. Se refiere el cargo al acto del Tribunal, por el cual, según los términos de la sentencia, tomó como asunto de la decisión "la procedencia o improcedencia de la oposición hecha y formalizada a nombre de Céspedes y Correa U."

El Tribunal, arguye el recurrente, acogió dos oposiciones que provenían de dos personas diferentes, no relacionadas por vínculo alguno jurídico, que les permitiese obrar conjuntamente, y las tomó como una sola oposición, y reconoció como formando una misma parte a los dos opositores, siendo así que cada uno de ellos era parte litigante independiente del otro.

Se responde:

No es eficaz el cargo, porque la violación acusada se refiere a disposiciones legales esencialmente procedimentales, sin carácter alguno sustantivo. Por otro aspecto, la sentencia del Tribunal abarca ambas oposiciones por identidad de causa, y porque la demanda que las incluyó no fue atacada por la excepción dilatoria correspondiente, opuesta oportunamente en la primera instancia.

Segundo cargo. Violación del artículo 397 del Código de Minas. Reza esta disposición:

"Cuando la oposición se haga por una persona que no sea el interesado o su representante legal o legítimo, al formalizarse la oposición deberá legitimarse la personería; y si esto no fuere posible, el Juez exigirá otra fianza que, mancomunada con la que ha debido exigirse conforme al artículo 62, respondan de que el interesado dará por bien hecho cuanto se haga en su nombre en el juicio. Dicha fianza se extenderá por diligencia."

El recurrente arguye que, en vista de esta disposición, el Tribunal incurrió en grave error de derecho al apreciar las pruebas, puesto que dedujo la existencia de una de las partes, a fin de hacer declaraciones a su favor, no existiendo jurídicamente esa parte, ora porque no demandó personalmente o legítimamente representada, ora porque no habiendo aprobado lo hecho en su nombre, no era posible tener como parte a Correa al dictar el fallo.

Se respondió:

La disposición del artículo 397 es cierto que ordena la constitución de una fianza adicional a la prescrita en el artículo 62 de la Ley 292 de 1875, la que no tiene más fin que garantizar a favor del denunciante la indemnización de perjuicios de que deba responder el agente oficioso, si su representado no aprueba la oposición; mas, aquella primera disposición no impone un requisito indispensable a la personería del representado, sino una mera caución condicional, sujeta al evento de que la oposición no sea aprobada por él, evento que no ha acontecido en el presente caso. Además, ocurre la circunstancia de que la oposición hecha a nombre de Correa se llevó adelante por virtud de decisión imperativa de la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de cinco de agosto de mil novecientos veintiséis, que pasó a tener autoridad de cosa juzgada.

El cargo no procede.

Tercer cargo. Ataca el recurrente la decisión del Tribunal, en cuanto declara que el derecho que la ley otorga a los dueños de terrenos en que existan cultivos o cría de ganados, les da inmunidad respecto de denuncias que terceros hagan de minas situadas en ellos, y que tal derecho puede hacerse valer por vía de oposición, sin necesidad de un juicio separado.

El recurrente opina lo contrario; pero sus razonamientos sobre error de derecho son meras conjeturas, que no pueden prevalecer sobre las razones muy sólidas en que fundó el Tribunal la interpretación supletoria, que ha dado para llenar el vacío de que adolece la ley a este respecto.

Es cierta la doctrina del Tribunal, que la Corte acoge: según el Código de Minas "es cierto que en el acto de la posesión sólo pueden oponerse los dueños de minas colindantes, y los que por razón de un descubrimiento anterior pretendan mejor derecho a todas o parte de las pertenencias que van a entregarse; pero también lo es que la Ley 38 citada es posterior a aquellas disposicio-

nes, que pertenecen al Código de la materia, la cual, no sólo da derecho al dueño del terreno para denunciar la mina en casos como el presente, sino que prohíbe a los extraños tal denuncia sin el correspondiente permiso de aquél.

"La ley no fija el momento mismo en que el dueño del terreno deba hacer valer sus derechos en el caso en que, con perjuicio, se viole aquella disposición, ni determina qué clase de juicio debe ventilarse con tal fin; únicamente contiene un mandato prohibitivo para los extraños no dueños del terreno: como que el legislador ha querido, no obstante, la amplitud para la explotación minera, proteger la industria agrícola y pecuaria, ante todo.

"No haciendo el señalamiento la ley para hacer valer ese derecho, como ya se dijo, no se ve inconveniente legal alguno para admitirlo en forma de una oposición al tiempo de darse la posesión, donde es precisamente la ocasión más oportuna, por tener allí lugar—y no antes—la mensura del terreno, y convencerse el dueño de éste, sin lugar a duda, de que efectivamente se le perjudica o pretende perjudicársele; pues de hacerse la oposición con anterioridad, podría suceder que la mensura no abarcara terrenos cultivados o destinados a la cría o ceba de ganados, sino propiedades en distintas condiciones o de otros dueños (artículo 26 del Código de Minas).

"Por otra parte, llevar al dueño del terreno a un juicio ordinario separadamente, para hacer efectivo su derecho, después, quizá, de haberse adjudicado la mina, sería una injusticia palmaria, pues lo haría de peor condición, colocándose como demandante, soportando probablemente el laboreo de la mina mientras el pleito se decida, lo cual daría un resultado contrario al del espíritu de la ley, que ordena al denunciante la obtención del permiso de aquél para poder denunciar la mina.

"Más claro: se le daría pasaporte al denunciante para violar el artículo 3° citado, con más audacia; pues no es al dueño del terreno a quien le corresponde o deba corresponderle un trabajo arduo y costoso, sino al denunciante pedirle permiso a aquél y obtenerlo para denunciar la mina. De lo contrario, se vendría a una interpretación errónea de la ley."

Cuarto cargo. Violación del artículo 3° de la Ley 38 de 1887, en cuanto el Tribunal, al aplicarlo al caso, le dio un alcance absoluto, debiendo tenerlo relativo. Se refiere el cargo a la parte de la sentencia en que se declara que "el denuncia de la mina en cuestión es improcedente, porque prohibiendo la ley a quienes no sean dueños del terreno, hacerlo sin permiso de éstos, dicho denuncia constituye un acto ejecutado contra la expresa prohibición de aquélla.

No basta, arguye el recurrente, que en el perímetro de una mina denunciada se comprenda en parte una propiedad territorial que se halle en las condiciones indicadas en la Ley 38, para que se desestime íntegramente ese denuncia. Puede muy bien subsistir y ser válido en lo que no comprenda dicha propiedad. Puede suceder que el denuncia comprenda sólo en parte un terreno, o que siendo varios los dueños de los terrenos, sólo prospere la acción de alguno de ellos. En el primer caso sólo puede declararse la nulidad del denuncia en la parte en que comprenda el terreno vedado. En el segundo caso la nulidad debe circunscribirse al terreno o parte del terreno del cual haya prosperado la oposición de su dueño.

“Como Fidel Rodríguez afirmó en su demanda—dice el recurrente—que con la denuncia se comprendían, en parte, los terrenos de Céspedes, y en parte los terrenos de Correa, ha debido absolverse al demandado del cargo general de la nulidad, en relación con el denuncia en toda su extensión, ya que no se acreditó que todo él estuviese comprendido dentro de tales terrenos de Céspedes y Correa U., o al menos ha debido hacerse la declaración, refiriéndose solamente a cuanto comprendiese de los terrenos dichos o de algunos de ellos, en el caso de que la acción del otro de los dueños no sea atendible. De aquí que la sentencia del Tribunal, en la forma en que fue proferida, bien puede considerarse fallo **ultra petita**, de un lado, y del otro, como consecuencia inmediata de una interpretación errónea del artículo 3° de la Ley 38 de 1887. Por eso en ambos sentidos acuso la sentencia.”

Se considera:

El artículo 3° de la Ley 38 de 1887 prohíbe el denuncia de minas de aluvión situadas en los consabidos terrenos de cría y cultivo. Por situación de la mina debe entenderse no tan sólo “el punto preciso en donde aparezca descubierta la mina, el cual debe expresarse en el escrito de denuncia,” sino también la extensión que, conforme a la ley, debe tener, según su clase. Las de aluvión gozan de una superficie de un cuadrado que tenga tres kilómetros de base, o un rectángulo de dos kilómetros de base y cinco de lado. Si esta extensión tan sólo comprende una parte del terreno inviolable, es entendido que la sentencia es correlativa a esa parte, porque no otra cosa se pidió en la demanda. No puede suponerse que la situación de una mina abarque una extensión mayor de la legal, y que su denuncia, dentro de estos límites, pueda comprender partes de terreno en las cuales ella no radique.

No está probado; por otra parte, que la mina susodicha se extienda a terrenos no cultivados.

Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide:

1° No es casable la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín el veintidós de octubre de mil novecientos veintisiete; y

2° Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

JUAN N. MENDEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veintidós de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

Por conducto de apoderado, el señor Miguel Luis Riobamba instauró una demanda contra el señor Epaminondas Gómez, para que por sentencia definitiva se declarara lo siguiente:

“1° Que es nulo, de ningún valor y efecto, el contrato de compraventa del fundo **San Antonio**, otorgado por Miguel Luis Riobamba y Epaminondas Gómez, por medio de la escritura número 208, de diez de junio de mil novecientos veinticinco, ante el Notario 2° de este Circuito (Pasto), por ser este contrato simulado, por care-

cer de causa real y de consentimiento y ser puramente ficticio, pues no hubo intención de transferir el dominio de la finca **San Antonio** por parte de mi mandante, ni Gómez pagó un solo centavo por el precio de dicha finca. En caso de no declararse la nulidad del contrato, pido que, en subsidio, se declare:

“2° Resuelto el contrato de compraventa del fundo **San Antonio**, otorgado por la escritura número 208, de diez de junio de mil novecientos veinticinco, ante el Notario 2° de este Circuito, por no haber pagado el precio total de dicha finca.

“3° En último lugar se declare rescindido el contrato de compraventa de dicho fundo **San Antonio**, otorgado por la escritura número 208, de diez de junio de mil novecientos veinticinco, ante el Notario 2° de este Circuito, por haber lesión enormísima, ya que la venta ficticia se hace por cuatrocientos ochenta pesos (\$ 480) oro y la finca vale cinco mil pesos oro. En cualquiera de los tres casos anteriores se ordenará que la finca se me entregue dentro de tres días de ejecutoriada la sentencia, condenándose al demandado a pagar la restitución de los frutos percibidos y al pago de las costas judiciales.”

Los hechos de la demanda son estos:

“1° Miguel Luis Riobamba tiene dos hijos legítimos, y por haber muerto su esposa, los hijos le exigían a Riobamba les entregara la parte de su haber materno para poder disponer de su patrimonio, siendo la finca **San Antonio** comprada durante el matrimonio, cosa que no quería Riobamba por no dividir esa finca, y como poco salía Riobamba de su finca, que queda en la playa del río Pasto, entraba Epaminondas Gómez como amigo e iba con frecuencia a visitarlo.

“2° En vista de la exigencia que le hacían de su haber herencial los hijos al viejo Riobamba, intervino Epaminondas Gómez y convenció a Riobamba que el único medio que tenía era hacerle una escritura simulada para que Gómez pudiera sujetar a los hijos de Riobamba, y conseguido esto, le volvería a hacer la contraescritura, y así quedara todo perfectamente bien arreglado. Estas palabras sugestionaron a Riobamba y lo movieron a otorgar la escritura número 208, de diez de junio de mil novecientos veinticinco.

“3° Después de varios meses, viendo Riobamba que Epaminondas Gómez quería sacar por completo a sus hijos, le exigió que le hiciera la contraescritura, y Gómez le prometió hacerla cuando le haya arreglado todo a su satisfacción.

“4° En vista de que Gómez eludía hacerle la contraescritura, y que ya llegaron a oídos de Riobamba varios hechos que desdican de la hombría de bien, acudió Riobamba donde el Reverendo Padre Aristides Gutiérrez, S. O., que estaba en su finca **San José de los Arrayanes**, quien llamó a Gómez, y éste en su presencia y de cinco testigos más confesó espontánea y voluntariamente que, ciertamente, el contrato de la finca **San Antonio**, de Miguel Luis Riobamba, era simulado y que estaba pronto a hacerle la contraescritura.

“5° Que pasaron varios días, y como Gómez no le hacía la contraescritura a Riobamba, se llamó a casa del Reverendo Padre Aristides Gutiérrez al Notario del Tambo, llamado también Epaminondas Gómez, y le dijo el Padre a éste: ‘que allí estaba el Notario para que le otorgase a Riobamba la contraescritura,’ y ya no quiso hacerlo.

"6° Que Epaminondas Gómez no entregó a Riobamba ni un solo centavo por el valor de la finca San Antonio.

"7° Que el contrato de compraventa de la finca San Antonio, otorgado por la escritura número 208, de diez de junio de mil novecientos veinticinco, es contrato simulado.

"8° Que la finca de San Antonio, por los linderos especificados en la escritura, vale cinco mil pesos oro.

"9° Que el valor ficticio que se le dio a la finca de San Antonio en la escritura número 208, de diez de junio de mil novecientos veinticinco, fue de cuatrocientos ochenta pesos oro, todo en el nombre y nada en realidad, por ser todo ficticio.

"10. Al otorgar la escritura número 208 prenombrada, hubo objeto y causa ilícita, sólo por no entregar a los hijos de Riobamba su haber herencial materno, habiendo, por tanto, engaño, y lo hubo, porque se faltó a la verdad, por querer presentar como cierto un contrato ficticio.

"11. No hubo consentimiento real y efectivo al celebrar el contrato de compraventa, porque fue simulado, no hubo intención que preceda al consentimiento, y, por tanto, faltó un elemento esencial para la validez del contrato.

"12. No hubo entrega real y material de la finca, pues hasta ahora manejan parte los hijos de Riobamba.

"13. Que hasta este año (1926), Miguel Luis Riobamba ha pagado el impuesto municipal sobre la propiedad inmueble; y

"14. Que al ser citado en este año en curso (1926), Epaminondas Gómez por el señor Felipe Montenegro, como encargado de la estadística, y al exigirle los datos respectivos de la estadística, le contestó Gómez que él no era dueño de la finca San Antonio, porque la escritura era simulada."

Admitida la demanda y corrido el traslado al demandado, éste, antes de contestarla, pidió la fijación pericial de la cuantía del asunto.

Entretanto, murió el demandante, y Juan Martín Riobamba y Fernando López, como marido de Petrona Riobamba, confirieron poder para adelantar el juicio, por ser los Riobambas hijos legítimos de Miguel Luis. El apoderado solicitó que sus mandantes fueran tenidos como partes en el juicio. Gómez, por medio de apoderado, contestó la demanda el primero de abril de mil novecientos veintisiete. Rechazó la acción deducida y sostuvo que el contrato es verdadero.

El Juez 3° del Circuito de Pasto, en sentencia de diez de marzo de mil novecientos veintiocho, declaró nulo absolutamente el contrato y condenó al demandado a pagar los frutos que hubiere percibido.

Por apelación de Gómez, subió el asunto al Tribunal Superior de Pasto, y este cuerpo, en sentencia de veintinueve de septiembre del propio año, confirmó la del Juez, con la reforma de suprimir la condenación en frutos.

Gómez recurrió en casación y la Corte admite el recurso, por hallarse dentro de las condiciones legales en orden a la cuantía y naturaleza del juicio, y procede a fallarlo.

El memorial de casación no tiene la claridad deseable en la exposición de motivos, que no enumera, ni en la del concepto en que hayan sido violados los textos legales que se aducen. Procurará la Corte tratar con orden los cargos.

Alega el recurrente la causal primera de casación, por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, "tanto de manera directa, por error de interpretación de la misma, como por indebida aplicación de ésta al caso controvertido," y por haber incurrido en mala apreciación de la prueba testimonial, por error de derecho y hecho, que aparece en los autos.

Cuanto a los textos legales dice:

"Señalo como violados, por modo indirecto, los artículos 15 de la Ley 95 de 1890; 1934, 1740, 1741, 1759, 1769 del Código Civil; y por modo indirecto, los artículos 1494, 1495, 1502, 1602 y 1603 de la misma obra. Para establecer que la prueba fue mal apreciada por el Tribunal, y que, en consecuencia, es injurídica la sentencia, cito como violados los artículos 555, 556, 561, 562, 564, 574, 509, 609 y 661 del Código Judicial."

En vía de resolver el recurso, la Corte considera lo siguiente:

Respecto del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, no indicó el recurrente el concepto en que él fue quebrantado por el sentenciador.

En el alegato del apoderado de Gómez ante el Tribunal (folio 134 del cuaderno principal), se dijo que Miguel Luis Riobamba no podía, por la expresa prohibición del mencionado artículo 15, demandar la nulidad absoluta de un contrato que él celebró a sabiendas y que los supuestos sucesores de aquél "no intentaron una acción propia, sino que limitaron su actuación a que tan sólo se les tenga como parte en el juicio instaurado por su antecesor." Empero, tal concepto no se reproduce en la demanda de casación, lo cual era legalmente necesario (inciso 2° del artículo 9° de la Ley 90 de 1920) para que a la Corte le fuera dado entrar a estudiar la violación acusada; ni a esta Superioridad se le ocurre que la violación se hubiera cumplido por otro concepto.

No se acusó por error evidente de hecho la interpretación dada por el Tribunal al memorial del folio 19 de Martín Riobamba y Fernando López, marido de Petrona Riobamba, y ellos, aunque herederos de Miguel Luis, sí podían demandar la nulidad de un contrato celebrado por éste, según una conocida jurisprudencia de la Corte.

No advierte la Corte en qué consiste la violación directa de los otros artículos que se dicen quebrantados de esta manera; pues de existir ella, provendría, o de errónea interpretación de los mismos o de indebida aplicación o de mala apreciación de las pruebas; y como parece que en lo último descansa todo el fundamento de la acusación, ha de verse lo que hay al respecto.

Dice el recurrente que la sentencia aduce como único y pobre argumento para declarar probada la nulidad, el siguiente:

"De la prueba allegada a los autos se ha comprobado con los testimonios del Padre Aristides Rodríguez, S. O., Luis Montero, Neftali y Manuel Botina, César Moncayo y Fidel Rodríguez, que Epaminondas confesó en presencia de ellos que en verdad, la escritura otorgada por Miguel Luis Riobamba a su favor era simulada y que él no había entregado el valor de la venta."

En seguida transcribe estos otros pasos de la sentencia:

"..... el mismo Gómez, en las absoluciones de posiciones rendidas en el juicio, dice ser cierto de las manifestaciones hechas al presbítero Gutiérrez, y además, Angel Pinchao, compañero de Miguel Luis Riobamba en el día en que se celebró la escritura, dice que oyó de labios de Riobamba y Gómez la manifestación de que iban

a celebrar esa escritura, para que Riobamba no tuviera tropiezo con sus hijos y yernos."

"Corre de autos también copia de las escrituras públicas 578 y 590, de diez y nueve y veintitrés de octubre, respectivamente, de mil novecientos veinticinco, por las cuales Epaminondas Gómez reconoce a Juan Martín y Petrona Riobamba el derecho sobre sendas cuartas partes del lote comprado por él, por ser herederos de la esposa del vendedor y haber convenido con éste a hacer dicha escritura."

Añade el recurrente que de lo anterior deduce la sentencia que en el contrato controvertido en el juicio no hubo por parte de Riobamba la intención de vender, ni por parte de Gómez la intención de comprar, "faltando, además, el requisito esencial del precio de la venta para la existencia legal del contrato."

El Tribunal expuso—continúa el apoderado—que en el asunto en cuestión está demostrado que no hubo precio de la venta, razón por la cual el contrato no tiene existencia legal, pues carece de causa, como que la causa para recibir la propiedad es la entrega del precio. Estimado como requisito esencial de la venta el precio, la nulidad producida por su falta es absoluta. A lo anterior se agrega la falta de intención de los contratantes, requisito esencial en los contratos.

El Tribunal—prosigue la acusación—ha caído en error de derecho y de hecho al apreciar la prueba, y por virtud de la falsa apreciación afirma que el contrato carece de causa, por cuanto no hubo la intención de vender por parte de Riobamba, ni la de comprar por parte de Gómez. Contra las declaraciones hechas en el instrumento público, sólo aparece la declaración del presbítero Aristides Gutiérrez, S. O., que nada prueba y es parcial, como producto de la coacción ejercida por un sacerdote sobre la conciencia de un individuo casi analfabeto; pues las restantes declaraciones son apenas de oídas y se refieren a la conversación de Gómez con el Padre Gutiérrez, por donde nada alcanzan a probar contra el contenido de una escritura pública.

Observa la Corte que el Tribunal llegó a la conclusión de que el contrato es simulado, y, por tanto, nulo, mediante la apreciación de unos indicios, que son: la manifestación de Gómez al presbítero Gutiérrez, lo expuesto por el mismo Gómez en posiciones, la declaración de Angel Pinchao y la escritura que, con posterioridad al contrato, les otorgó el demandado a Juan Martín y Petrona Riobamba. Después de enumerar estos elementos, expresa el sentenciador:

"De lo anterior se deduce claramente que en el contrato escriturario número 208, de diez de junio de mil novecientos veinticinco, no hubo por parte de Riobamba la intención de vender, ni por parte de Gómez la intención de comprar, faltando, además, el requisito esencial del precio de la venta para la existencia legal del contrato."

La Corte, en jurisprudencia constante, ha reconocido como causal de nulidad la simulación de los contratos, fundándose para ello en los principios generales del Código Civil sobre los elementos esenciales de las convenciones y sobre su invalidez cuando faltan todos o algunos de tales elementos, y ha aceptado igualmente que es admisible la prueba de indicios para establecer la simulación. En la estimación de los indicios es soberano el Tribunal y sólo se justifica la acusación del fallo cuando se prueba un error evidente de hecho o uno de derecho en la valoración de los hechos constitutivos

de los indicios. (Sentencias de tres de mayo, treinta de abril y veintitrés de julio de mil novecientos veintitrés, tomo XXX de la Gaceta Judicial).

La manifestación de Gómez al presbítero Gutiérrez, hecha ante los testigos citados en el fallo, la tomó el sentenciador como una confesión extrajudicial, que equivale a un indicio (artículo 562 del Código Judicial); y de este indicio y de los otros, como ya se dijo, el Tribunal sacó la convicción de que no hubo intención en las partes. De suerte que no es exacta la inculpación relativa a que con la sola declaración del mentado presbítero se quiere desvirtuar el contenido de una escritura pública. Tocante a la nota de parcialidad que se le pone a la declaración, es de advertir que el punto no fue aducido en instancia y en casación resultaría un medio nuevo, y como tal inadmisibles.

No se acreditó, por lo demás, ningún error evidente de hecho o de derecho cometido por el sentenciador en la estimación de los hechos constitutivos de los indicios; y el grado de convicción que éstos produjeran en el ánimo de aquél, es asunto que escapa a la casación.

Expone el recurrente que "la letra y el espíritu del artículo 1934 del Código Civil, confirmados por repetidas sentencias de la Corte, sustentan el principio del crédito que se debe a los instrumentos públicos, contra toda prueba que tienda a desvirtuar las declaraciones en ellos contenidas, y que son fuente de los derechos adquiridos."

Mas a esto ha de observarse que el artículo no se opone a la doctrina jurídica sobre la nulidad de los contratos en que hay simulación, la cual es dable acreditar con pruebas que vayan contra las declaraciones de las partes en la escritura del contrato; sólo que la nulidad no puede perjudicar a terceros. Así lo ha explicado varias veces esta Superioridad. En casación de veintinueve de julio de mil novecientos veintiuno, dijo:

"La disposición del artículo 1934 del Código Civil se ha entendido, según jurisprudencia constante de la Corte, en el sentido de que la declaración contenida en una escritura pública, de haberse pagado el precio de la venta, admite prueba en contrario entre las partes contratantes, al aplicar el artículo 1759 de dicho Código. El artículo 1934 debe entenderse en el sentido de que sólo para dirigir acción contra terceros, hay necesidad de probar la nulidad o falsificación de la escritura."

En casación de diez y seis de febrero de mil novecientos veintiséis, expuso:

"Cuando aparece comprobado por medio de escritura pública un contrato, es preciso atender a la situación de los terceros adquirentes que han derivado derechos de ese contrato a título singular y que han pactado sobre la fe que la escritura merece respecto de lo que en ella han convenido las partes. De este principio fluye el amparo que la ley concede a los adquirentes a título singular contra cualquier acto (oculto o simulado) de los causantes que pueda destruir o desnaturalizar la verdad del título que originó la adquisición, amparo que se revela tanto en materia de pruebas como en el alcance que pueda tener la cosa juzgada." (Tomo XXIX y XXXII de la Gaceta Judicial).

Conviene advertir que cuando el Tribunal afirmó que no hubo precio en la venta controvertida, no desconoció que en la escritura se fijó un precio, sino que quiso significar que, por ser fingido el contrato, el precio no fue verdadero.

De todo lo expuesto se sigue que, habiendo llegado el sentenciador, merced a una serie de indicios por él

apreciados soberanamente, a la conclusión de que el contrato a que se refiere el juicio es simulado, pudo declarar la nulidad del mismo sin transgredir los textos legales que cita el recurrente. (Cuanto al artículo 15 de la Ley 95 de 1890, ya se expresó al principio porqué no puede estudiarse si hubo o no quebrantamiento de él en el fallo recurrido).

Por tanto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Sin costas, por estar amparado en ellas el recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Juan E. Martínez—Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veintiséis de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

Ante el Juez 2° del Circuito de Bucaramanga demandó Benito Ordóñez Serrano a José Celestino Ordóñez G. y a Benito Martínez G., para que en sentencia pronunciada en juicio ordinario se decreta la rescisión de la venta por lesión enorme, de las dos terceras partes de los derechos hereditarios que le correspondan o puedan corresponder al demandante en la sucesión de su madre Teodora Serrano de Ordóñez y en la de sus hermanos legítimos José María Ordóñez Serrano, José Ignacio Ordóñez Serrano, Mercedes Ordóñez Serrano de Chari y Rafael Ordóñez Serrano. Para que, consecuentemente, se decreta la cancelación del registro de la escritura en que consta la tradición de los derechos vendidos.

Hace notar el apoderado del actor que entre los bienes de la herencia figura una finca denominada *Costarrica y Villanueva*, y que el precio de la venta fue de cinco mil pesos oro, según aparece de la escritura número setecientos treinta y cinco, de doce de junio de mil novecientos veinticinco.

Como razón, historia y hechos fundamentales de la demanda, se expresa del modo siguiente:

“Quiero dejar consignada, desde luego, en esta demanda, la historia breve de los hechos que la motivan, tales como en la vida han venido enlazándose y que dan a este negocio judicial su verdadera y real fisonomía. Mi mandante, el señor Ordóñez Serrano, quien goza en esta ciudad fama de hombre rico, contrajo matrimonio el día seis (6) de junio de mil novecientos veinticinco (1925) con la señora María Antonia Delgado B., y legitimó a sus hijos Ramón Nonato, Juana Victoria y María del Carmen, habidos en dicha señora, en el acta misma del matrimonio.

Sabedores de estos hechos los demandados Ordóñez y Martínez, quienes venían pretendiendo derechos de filiación natural que no pueden legalmente establecer, y compeliendo al demandante Ordóñez Serrano—inclusive por las vías del temor—a que les hiciera merced de sus bienes, apretaron el cerco en torno de su persona, ya en estado delicado de salud, y le constriñeron y sorprendie-

ron hasta llevarlo, sin que se diera cabal cuenta de lo que hacía, a entregar a los demandados, por escritura pública, a título de venta y por un precio irrisorio y nominal, las dos terceras partes de su fortuna, vinculada a bienes raíces hereditarios de gran valor actual—no menor de \$ 50,000—y potencial, mucho mayor aún. Con este acto absurdo del que mi mandante pudo darse cuenta tan luego como se cumplió, resulta despojando y arruinando su propia y legítima familia y constituyéndose él mismo en peligrosísima condición; pues la propiedad de tan triste manera transmitida, no se perfecciona, según la convención consignada en aquella escritura pública, sino mediante la muerte del vendedor. Esta es la verdad; ella aparece en sus elementos sustanciales de la documentación adjunta, y por lo que hace a los hechos que más inmediata y pertinentemente fundamentan esta demanda, ellos se resumen así:

“Hechos fundamentales de la demanda:

“1° Mi poderdante Benito Ordóñez Serrano transfirió a título de venta a los señores José Celestino Ordóñez G. y Benito Martínez G., el día doce de junio último, las dos terceras partes de los derechos hereditarios que le corresponden o puedan corresponderle en la sucesión de su madre legítima Teodora Serrano de Ordóñez, y de sus hermanos legítimos José María Ordóñez Serrano, José Ignacio Ordóñez Serrano, Mercedes Ordóñez Serrano de Chari y Rafael Ordóñez Serrano, bienes herenciales entre los cuales figura una finca denominada *Costarrica y Villanueva*, situada en jurisdicción del Municipio de Río-negro.

“2° Que el precio por el cual hizo mi poderdante la referida venta, fue el de cinco mil pesos (\$ 5,000), cantidad que es muchísimo inferior a la mitad del justo precio de esos derechos, pues valen más de cincuenta mil pesos (\$ 50,000) oro.

“El derecho en que se funda esta demanda lo consagran los artículos 1946, 1947 y concordantes del Código Civil.

“Estimo la cuantía de esta acción en más de cincuenta mil pesos.

“En tres fojas útiles presento la escritura número 735, de 12 de junio pasado, en que consta el contrato de venta cuya rescisión demando, y la copia de la partida de matrimonio contraído por mi poderdante el día seis del mismo mes con la señora María Antonia Delgado B.”

Los demandados se opusieron a que se hicieran las declaraciones pedidas y negaron los hechos en cuanto pudieran perjudicarlos.

El Juez los absolvió de los cargos de la demanda y condenó al actor en las costas de la instancia. La sentencia que así desató la litis es de treinta de abril de mil novecientos veintiséis, y fue confirmada por la de siete de abril de mil novecientos veintisiete, pronunciada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, menos en lo referente a condenación en costas, de las cuales declaró libre al demandante.

El apoderado de éste se ha alzado en casación, y como la demanda llena las condiciones legales, la Corte lo encuentra admisible.

Invoca la causal primera y acusa la sentencia por violación directa e indirecta de la ley sustantiva, proveniente de errores de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda y en la apreciación de pruebas que

determina. Señala como quebrantados los artículos 1947, 1948, 716, 718, 824, 834, 2020 del Código Civil y 15 de la Ley 95 de 1890, por varios motivos:

Primer motivo. Violación del artículo 1947 del Código Civil.

Dice el autor del recurso que el Tribunal violó esta disposición por error de hecho en la interpretación de la demanda, error que consiste—dice—en que el sentenciador entendió que al afirmar el demandante en uno de los hechos de la demanda que la cosa vendida valía más de cincuenta mil pesos, sólo se propuso dar una cuantía para los efectos de la competencia, cuando en realidad—dice el recurrente—esa intención no fue otra que la de dar el mínimo valor de la cosa vendida. Que también violó el Tribunal dicha disposición por error de hecho en la apreciación de la prueba del justo precio de la cosa vendida, porque afirma que no hay prueba en autos de ese justo precio, lo que no es verdadero, porque esa determinación aparece, en primer término, del avalúo que los peritos hicieron al estimar la cuantía de la acción objetada por los demandados, porque éstos no contradijeron el hecho de que la acción fuera de mayor o de menor cuantía, sino que la cosa vendida no valía cincuenta mil pesos, y que esos peritos estimaron la acción del juicio ordinario en más de cincuenta mil pesos, separando el usufructo de la nuda propiedad. Que a esto no se puede objetar que sólo por medio de peritos nombrados en el término probatorio del juicio puede determinarse en casos como el presente, el precio de la cosa vendida, porque precisamente—agrega el autor del recurso—por ministerio de la ley, cuando la cuantía del juicio es objetada se fije por peritos nombrados por el Juez, lo que es más garantía; que la Corte ha declarado que respecto del demandante la cuantía de la acción es el importe del derecho que ejercita, y para el demandado, el valor de la obligación que se le exige; y que esa cuantía queda determinada, cuando se avalúa para todos los efectos del juicio, sin que sea lícito ponerla en duda después.

El cargo se refiere a estos dos conceptos del Tribunal:

“En resumen: el contrato de que se trata es, en concepto del Tribunal, rescindible por causas de lesión enorme, pero en el presente juicio no se comprobó de manera plena la existencia de ese vicio en el referido contrato. No se demostró tal cosa porque siendo el actor a quien corresponde la carga de la prueba de los hechos fundamentales de su demanda y habiendo éste afirmado que el justo precio de la cuota herencial vendida es mayor de cincuenta mil pesos, hecho negado por los demandados, estaba obligado a presentar la prueba de ese hecho y esa prueba no aparece de autos.” (Sentencia, folio 23 y vuelto del cuaderno respectivo).

El otro concepto del Tribunal que cita el recurrente dice:

“Durante la segunda instancia se practicó a petición del actor, por medio de peritos y teniendo en cuenta los inventarios practicados en las sucesiones tantas veces mencionadas y las escrituras números novecientos treinta y tres y mil doscientos cincuenta y nueve, allegadas con tal fin a los autos, el avalúo de la cuota que en los bienes inventariados le corresponde al demandante y las partes de esa cuota vendidas por éste a los demandados; como los peritos no estuvieron de acuerdo, pues el uno estimó el valor de lo vendido en cien mil pesos oro, el

otro, o sea, el de los demandados, en cuarenta mil pesos, y el tercero en discordia en cincuenta y cuatro mil seiscientos treinta y cinco pesos con unos centavos, es el caso de dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 653 del Código Judicial y tomar el medio aritmético, de lo cual resulta que el justo precio de las dos terceras partes de los derechos hereditarios que en las sucesiones de que se trata corresponden al vendedor, es el de sesenta y cuatro mil ochocientos setenta y ocho pesos, de donde resultaría comprobada suficientemente la lesión enorme sufrida por el vendedor, si la cosa vendida hubiera sido la propiedad plena de esa cuota en los derechos sucesionales; pero como lo vendido fue la nuda propiedad, toda vez que el vendedor se reservó de por vida el usufructo, y como ni éste ni la nuda propiedad fueron avaluados por peritos ni se estableció de otra manera fehaciente su justo precio, es claro que no se ha comprobado la lesión enorme sufrida por el vendedor, comoquiera que no se ha establecido el justo precio de la cosa vendida para que comparado con el precio estipulado, se pueda estimar si existe o no esa lesión, y por este aspecto es el caso de absolver a los demandados confirmando la sentencia recurrida.”

El avalúo de los peritos que estimaron la cuantía del juicio, y a que el recurrente se refiere, como no apreciada por el Tribunal, dice:

“En Bucaramanga, a once de agosto de mil novecientos veinticinco, presentes en el Despacho del Juzgado 2° del Circuito los señores doctor Pedro Alejandro Gómez Naranjo, Pedro Nolasco Ramírez e Ignacio Ranjel, nombrados peritos avaluadores de la cuantía en el presente juicio ordinario, principales los dos primeros y tercero en discordia el último, ante el señor Juez y el infrascrito Secretario, juraron, en forma legal, desempeñar fielmente su cometido, según su leal saber y entender. A continuación y teniendo en cuenta el expediente que contiene el juicio ordinario entablado por Benito Ordóñez S. contra José Celestino Ordóñez G. y Benito Martínez G. sobre rescisión por lesión enorme, de un contrato de compraventa de derechos hereditarios, expusieron por separado, bajo la gravedad de la promesa prestada, el perito doctor Gómez Naranjo:

“Estimo que la cuantía de la acción en el juicio ordinario a que se contrae esta diligencia, pasa de cuatro mil pesos oro. No tengo datos para apreciar con absoluta precisión su verdadero valor.”

“El perito señor Ramírez expuso:

“Por conocer los bienes en que están vinculados los derechos hereditarios a que se refiere este juicio, avalúo la cuantía de la acción del mismo en más de cincuenta mil pesos oro.”

“Y como no estuvieran acordes los principales, el perito tercero, señor Ranjel, dio su dictamen así:

“Por los datos que tengo acerca del valor de las fincas en que están vinculados los mismos derechos hereditarios a que se refirió el señor Ramírez, estimo la cuantía del juicio ordinario de que se trata, en más de cincuenta mil pesos.”

“Con lo cual se dio por terminada la presente diligencia, que se firma por quienes en ella intervinieron.”

En orden al error de hecho en la interpretación de la demanda, observa la Corte que no es fundado el cargo, porque el Tribunal no ha afirmado que la fijación del

valor de la cosa vendida se hubiera referido a asunto de competencia, sino que el demandante afirmó, y siendo actor le correspondía probar que la cosa vendida, que fue la nuda propiedad, valía más del doble del valor que se le fijó en el contrato, para que existiera la lesión enorme demandada.

Fero alega el recurrente que ese valor quedó fijado desde que se hizo la determinación de la cuantía del juicio por medio de peritos, porque allí se estimó separadamente el usufructo y la nuda propiedad; y al no tener en cuenta el Tribunal esa prueba, incurrió en otro error de hecho y en error de derecho al no haberle dado valor.

Se contesta:

Admitiendo que por haber dicho los peritos tasadores de la cuantía del juicio que por el conocimiento que tenían de los bienes en que radican los derechos y acciones a que se refiere este juicio, estimaban la cuantía de él en más de cincuenta mil pesos, ha de entenderse claramente que avaluaron la nuda propiedad materia de la demanda, en más de cincuenta mil pesos, tal avalúo no sería suficiente para declarar que desde entonces quedó determinado el valor de la nuda propiedad para los efectos de la lesión enorme demandada, porque ni en la forma, ni en el fondo serían equivalentes esos dos avalúos. No en la forma, porque en la estimación de la cuantía del juicio, si bien intervienen peritos nombrados por el Juez, que pueden obrar con más independencia, no se llenaría la garantía que la ley da de que la lesión se decreta previo un debate judicial, con audiencia de ambas partes, en que éstas hayan hecho uso del derecho de intervenir en el nombramiento de peritos que estimen la cosa, según las reglas generales, es decir, nombrando cada una su perito. De modo que al imponerles, para efectos de la lesión, el avalúo relativo a la cuantía del juicio, se les privaría de un medio de defensa en la formación de la prueba, lo que no es admisible, conforme a principios constitucionales y legales.

En el fondo tampoco se podría aceptar la igualdad entre esas dos estimaciones, porque la fijación de la cuantía del juicio tiene finalidad distinta de la que se persigue con la determinación del precio de la cosa en la acción de nulidad por lesión enorme, y el precio que se dé de dicha cuantía al promover el juicio, no es el que se requiere para decretar la lesión enorme, sino el que tenga la cosa al tiempo del contrato, necesariamente anterior.

Luego no puede reconocerse que por haber dicho los peritos en este caso que la cuantía del juicio vale más de cincuenta mil pesos, quedó avaluada también en esta suma la nuda propiedad para los efectos de la lesión enorme demandada, y que el Tribunal hubiera incurrido en error evidente de hecho al no tener en cuenta esa prueba y negar la lesión.

Cuando la Corte ha dicho que la cuantía de los pleitos queda determinada para todos los efectos legales, de manera definitiva, si se fija por peritos, a causa de haber reclamado el demandado, antes de contestar la demanda, contra la fijación del demandante, ello atañe únicamente a los efectos procesales, por ejemplo, lo relativo a la jurisdicción del Juez para conocer del asunto, fianza de costas, recurso de casación y otros, mas no para casos como el de que se trata en este juicio.

Segundo cargo. Violación del artículo 1947 del Código Civil.

Considera el recurrente que el Tribunal violó también esta disposición por error de hecho y de derecho. De hecho, por haber pasado por alto varios elementos de prueba que resultan de autos, y de derecho por no haberles dado valor alguno.

En desarrollo de estos cargos señala el recurrente como elementos de prueba que debieron servir al Tribunal para deducir el valor de la nuda propiedad, cuya rescisión demanda, los siguientes: la partida de matrimonio del demandante con Maria Antonia Delgado B., y que tuvo lugar el seis de junio de mil novecientos veintiuno; el precio de cinco mil pesos que consta en la escritura de venta de los derechos materia de la cesión y el valor de sesenta y cuatro mil ochocientos setenta y ocho pesos (\$ 64,878) en que los peritos de la segunda instancia estimaron el conjunto formado por la nuda propiedad y el usufructo.

Dice el autor del recurso que el primer dato sobre la edad del demandante es fehaciente, porque aunque está en la partida de matrimonio de aquél, los párrocos no asientan el acto de matrimonio sin que se les presente el acta de nacimiento de los contrayentes. Que según tal constancia, el demandante tenía el día de su matrimonio sesenta años, y el día de la venta, sesenta y cuatro. Que con ese dato de la edad, el del precio de la cesión y la cantidad de sesenta y cuatro mil ochocientos setenta y ocho pesos, valor del conjunto de la nuda propiedad y el usufructo, según el dictamen pericial de segunda instancia, era fácil al Tribunal, aplicando principios aceptados por todos, determinar cuánto valía la nuda propiedad separada del usufructo y declarar si hubo lesión enorme en la venta de ésta, porque en el Diccionario de Escriche (palabra vida), así como en cuadros que trae Dalloz, en su obra de derecho, hay tablas sobre probabilidades de vida de un individuo. Que según dichas tablas para una persona de sesenta y tres años se calculan por término medio, que es el que sirve para avaluar un usufructo, nueve años más de vida. Que para el demandante, de sesenta y cuatro años, ese término es menor, más si se considera que con la diferencia de tablas entre Europa y los trópicos, hay que calcular para los individuos que viven en éstos un término de vida más corto.

Que es sabido—continúa el autor del recurso—que un capital de sesenta y cuatro mil ochocientos setenta y ocho pesos, de que es cuota proindiviso la cosa vendida en este caso, no se le saca sino un medio por ciento mensual, máxime si está proindiviso, lo que daría en los nueve años más de vida máxima del demandante, un interés de treinta y cinco mil treinta y cuatro pesos, doce centavos, que representan el usufructo que aquél se reservó, y la diferencia sobre aquella suma, el valor de la nuda propiedad, o sea veintinueve mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos (\$ 29,844), despreciando fracciones, cantidad que comprueba la lesión, pues que bastaría que pasara de diez mil un pesos (\$ 10,001) para que la hubiera.

Hace en seguida el recurrente otras consideraciones sobre lo que podrían producir las fincas arrendadas para deducir que el usufructo de la cosa vendida no alcanzaría a más del medio por ciento de su valor, y concluye que como el Tribunal no tuvo en cuenta todos esos elementos que constan en el proceso y no dedujo con ellos el valor de la cosa vendida, incurrió en error evidente de hecho al pasarlos por alto, y en error de dere-

cho al no darles valor, con lo cual violó el artículo 1947 del Código Civil, dejándolo de aplicar.

Se considera:

Para que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho evidente al no tener en cuenta los elementos que cita el recurrente, habría sido preciso que apareciera en autos prueba completa e indiscutible de tales datos de manera que impusieran al Tribunal determinada y lógica deducción del valor de la nuda propiedad, por una simple operación aritmética, y esa prueba no se dio, pues no se trajo a los autos siquiera concepto pericial relativo a la diferencia con que puedan aplicarse en Colombia las tablas que cita el recurrente y formadas para otros países, y concepto pericial también sobre si el valor del usufructo que se reservó el cedente Ordóñez Serrano en las cuotas cedidas, es igual al interés que el autor del recurso deduce de la cantidad en que fue estimado por los peritos de la segunda instancia ese usufructo, en conjunto con la nuda propiedad. Todo esto porque el mismo recurrente reconoce que hay diferencia, ya sea pequeña o grande, entre el cálculo de promedio de vida en un individuo en Europa y otro de los países tropicales; y porque la tasa del interés de una suma de dinero varía aun dentro del mismo país, según las circunstancias del lugar de la situación de los bienes, productividad de éstos, oferta y demanda del dinero, capacidades de la persona que lo maneja y otras muchas que pueden ser independientes de las del criterio del juzgador. Puede suceder que los cómputos del autor del recurso coincidan con la realidad; pero no habiéndose aducido concepto pericial sobre ellos, no puede la Corte en casación deducir error evidente en el sentenciador, porque no aceptara o sacara esos cálculos y con ellos determinara el valor del usufructo en cuestión y el de la nuda propiedad. Y no procediendo el error de hecho, el de derecho carece de base.

Ataca el recurrente este otro concepto del Tribunal: "... ni el usufructo ni la nuda propiedad fueron avaluados por peritos..."

Dice el recurrente que este concepto no es verdadero porque la realidad de las cosas consiste, no en que falte el avalúo de la nuda propiedad y del usufructo, sino en haberlos avaluado conjuntamente en la prueba de la segunda instancia; que si hay prueba de ambas cosas y el problema sólo consistía en separar el valor de la nuda propiedad del valor del usufructo, problema muy fácil de resolver—continúa el recurrente—con otros elementos del juicio que no tuvo en cuenta el juzgador, como quedó demostrado atrás. Que al no darle valor el Tribunal a la prueba pericial de segunda instancia, incurrió en error de derecho en su apreciación y con él violó también el artículo 1947, tantas veces citado.

Se contesta:

Este cargo parte de la base de que el Tribunal tuvo elementos perfectamente determinados para saber a cuánto montaba el valor del usufructo de las cuotas de derechos y acciones cedidos, y así deducir por una operación aritmética cuánto era el valor de la nuda propiedad, y eso precisamente es lo que no puede reconocerse como error evidente de hecho en el Tribunal, como se dijo en el cargo anterior. Y no existiendo este error de hecho no puede haber fundamento para el error de derecho al no dar valor a dicha prueba.

Tercer cargo. Violación del artículo 1498 del Código Civil.

Esta disposición dice que el contrato oneroso es **conmutativo** cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama **aleatorio**.

Dice el recurrente:

"El Tribunal conviene expresamente en que el contrato de venta de la nuda propiedad de que trata este juicio es **rescindible**. Por lo mismo—arguye el autor del recurso—el concepto aislado de la sentencia en que se dice que el usufructo si no aumenta el alea por no existir, si viene a constituirla en cierta manera, es un concepto que está en contradicción con el otro y que no sustenta el fallo recurrido.

"Para el caso de que se considere que sí lo sustenta, acuso el referido fallo por violación directa del artículo 1498 del Código Civil, porque la nuda propiedad que dio el vendedor, como equivalente del precio recibido, no es una contingencia incierta de ganancia o pérdida, sino una cosa que tenía su valor efectivo en el comercio el día de la venta; que los compradores podían vender inmediatamente por dinero efectivo; y que valía más de cincuenta mil pesos."

Se contesta:

Este cargo es condicional, o sea, para el evento de que se sostenga que los dos primeros conceptos del Tribunal sustentan la sentencia. Ahora, pudo el Tribunal incurrir en cierta contradicción al emitir aquellos dos conceptos y por ello no servir para sostener la sentencia; pero tal error no sería suficiente para casarla, porque ella descansa en otro fundamento, que es el de no haberse dado separadamente el valor de la nuda propiedad de las cuotas de derechos y acciones hereditarios cedidos y el del usufructo, lo que, como se ha visto, es exacto.

Cuarto cargo. Violación del artículo 1947 del Código Civil.

Se refiere al siguiente concepto del Tribunal:

"Por otra parte, debe tenerse en cuenta que según el avalúo de bienes hecho en el juicio de sucesión y al verificado por los peritos respecto a la cuota herencial vendida, una de las fincas más valiosas de que se compone la sucesión es la de Costa o Costarrica y Villanueva, y que sobre esta finca existía a la época de la venta un contrato sobre explotación de hidrocarburos, contrato que estaban obligados a respetar los compradores, y este elemento necesariamente tuvo que influir para la determinación del precio por ellos estipulado."

Considera el recurrente que esto equivale a decir que las partes pactaron un precio excesivamente bajo para la nuda propiedad, en atención a que los compradores tenían que respetar el arrendamiento de la finca mencionada, lo que—dice el acusador—infiere daño a su parte e implica error evidente en la interpretación del contrato de arrendamiento para la explotación de hidrocarburos, porque en ninguna de sus cláusulas se deduce que ese contrato perjudique la nuda propiedad, pues que si se encuentran los hidrocarburos, tanto la nuda propiedad como el usufructo alzan de precio enormemente. Si no se encuentran aquéllos tampoco se perjudica la

nuda propiedad en nada, porque, según la cláusula novena, el arrendatario pagará, además del canon de arrendamiento, todos los daños y perjuicios que sufriere la cosa arrendada, por efecto de las exploraciones de que se trata, en las mejoras que allí hubiere. Que hay error de derecho en el Tribunal al considerar que cuando el usufructo se consolida con la nuda propiedad, no son los compradores los que se benefician de todo, único caso —dice el autor del recurso— en que se perjudicaría el arrendamiento, y único caso también en que no les sería indiferente a los compradores que de las fincas gocen el arrendador o el arrendatario, mientras dure el usufructo.

Dice asimismo el recurrente que el Tribunal violó directamente con aquel concepto los artículos 824, 2020, 716 y 717 del Código Civil. El primero, al considerar que cuando el usufructo se consolida con la nuda propiedad, el nudo propietario no tiene el goce pleno de la cosa; el segundo, al entender que respetar el arriendo es no recibir el comprador los frutos de la cosa vendida, cuando se haga dueño absoluto de tal cosa; y las dos últimas disposiciones, al considerar que los frutos naturales y civiles no pertenecen a los compradores cuando el usufructo se consolida con la nuda propiedad. Que con estas violaciones y aquellos errores de hecho y de derecho, el Tribunal violó indirectamente el artículo 1947 del Código Civil primeramente citado, porque al disminuir injustamente el valor de la nuda propiedad, se puso en imposibilidad de reconocer la lesión enorme demandada.

Se contesta:

Aunque se admite que hubo errores de hecho y de derecho en el Tribunal en la interpretación del contrato de arrendamiento a que él se refiere, y que por consiguiente este arrendamiento no disminuye el valor de la nuda propiedad; y que con el concepto del Tribunal se violaron las disposiciones sustantivas citadas por el recurrente, ello no sería suficiente para casar la sentencia, porque la dejaría en pie el concepto principal de no haberse dado separadamente el precio de esa nuda propiedad, aun sin la disminución de que habla el recurrente.

Con el fin de establecer que el Tribunal violó también el artículo 1947 del Código Civil, por error de hecho al no tener en cuenta para fijar el precio de la nuda propiedad, materia del contrato, ciertos elementos del proceso, especialmente lo avanzado de la edad del usufructuario cedente, cuando hizo ese contrato, señala el autor del recurso la procedencia que, de la adquisición de los bienes en que radican las cuotas cedidas, cita la diligencia de inventarios que en copia obra en autos, y dice que con esas constancias o referencias se establece la edad asignada al usufructuario Ordóñez Serrano por la partida de su matrimonio, o que es verídica, y al no tomarlas en cuenta el Tribunal violó el artículo últimamente citado.

Se considera:

A este cargo cabe la misma respuesta que se dio al segundo, pues aunque con las referencias que traen los inventarios sobre la edad que pudiese tener el cedente Ordóñez Serrano cuando hizo la cesión, unidas con lo meramente enunciativo de la partida de matrimonio del mismo, quedara establecida la edad precisa de dicho cedente, con ese solo dato no podría saberse el va-

lor del usufructo de modo evidente y así deducir con él el de la nuda propiedad. No apareciendo de esas pruebas tal valor, no puede reconocerse el error evidente de hecho atribuido al Tribunal en el cargo que se considera.

Quinto cargo. Violación del artículo 834 del Código Civil.

Dice esta disposición en sus dos primeros incisos:

"El usufructuario no podrá tener la cosa fructuaria sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución, y sin previo inventario solemne a su costa, como el de los curadores de bienes. Pero tanto el que constituye el usufructo como el nudo propietario, podrán exonerar de la caución al usufructuario..."

Arguye el recurrente que el Tribunal violó directamente esta disposición al afirmar que el usufructo constituido por Ordóñez Serrano no es irrisorio y que vale sin la obligación por parte del usufructuario de hacer inventario solemne a su costa, sin tener en cuenta que la disposición transcrita sólo permite que se exonere al usufructuario de prestar caución, mas no de hacer inventario. De modo que al considerar el Tribunal válido el usufructo constituido con la exención de hacer inventario el dueño del usufructo, y admitir que éste podía tener la administración de la cosa fructuaria sin dicha formalidad, no solamente violó de manera directa el artículo antes transcrito, sino indirectamente el 1947 del Código Civil, al no conceder la acción rescisoria. Que a esto no se puede objetar que el punto no fue sometido a debate, porque el Tribunal consideró en su totalidad el título del usufructo, y porque el apoderado del demandante en la demanda alegó que los demandados constriñeron y sorprendieron al demandante hasta llevarlo, sin darse cabal cuenta de lo que hacía, a entregarles, por un precio irrisorio y nominal, las dos terceras partes de su fortuna.

Se responde:

No fue únicamente la consideración de no ser irrisorio el usufructo de que se trata lo que decidió al Tribunal a negar la acción rescisoria, sino principalmente, como se ha dicho, la falta de prueba completa sobre el valor considerable o reducido de ese usufructo y de la nuda propiedad, estimados separadamente. De modo que bien pudo incurrir el Tribunal en error al decir que tal usufructo no es irrisorio; pero como el fallo tiene aquel otro fundamento, no puede casarse por ese error.

Ahora, en cuanto al error de derecho porque el Tribunal tuviera como válido el goce del usufructo sin el inventario de los bienes en que radican las cuotas de derechos cedidos, se observa, no obstante el muy respetable concepto del autor del recurso, que la validez o nulidad de tal cláusula del contrato no fue acción deducida en la demanda, sino la de nulidad por lesión enorme. Por tanto, los conceptos ciertos o erróneos del Tribunal sobre los puntos que anota el recurrente, que darían extraños al debate y no pueden tenerse en cuenta. En todo caso ellos se referirían a la cláusula sobre el goce del usufructo, pero no a la constitución misma de él. Ciertamente que el apoderado del demandante afirmó en la demanda que éste había sido constreñido por los demandados para sacarle por precio irrisorio las cuotas de derechos cedidos, lo que sería fundamento para la

acción de nulidad por causa de fuerza o violencia, pero no por nulidad debida a lesión enorme. El cargo es pues improcedente.

Sexto cargo. Violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890.

Establece esta disposición que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez aun sin petición de parte cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato.

Considera el autor del recurso que el Tribunal violó directamente esta disposición al no declarar nula la cláusula del contrato en que se estipuló que el dueño del usufructo no otorgará inventario, la cual consta en el título; que el sentenciador ha debido declarar sin valor el usufructo aun para los efectos de la rescisión; y por no haberlo hecho quebrantó aquella disposición por no haberla aplicado.

Se observa:

Este cargo tiene la misma respuesta que fue aducida a los anteriores, pues aunque el Tribunal hubiera debido declarar la nulidad relativa al goce del usufructo sin la prestación del inventario, y por ello hubiera violado la disposición que cita el recurrente, dejándola de aplicar, tal omisión desde el punto de vista en que se coloca el recurrente, de que se trata de la constitución de un usufructo, no afectaría sino lo relativo al goce del usufructo sin el inventario, pero no a la constitución misma de él. Y aun suponiendo que la afectara, no sería esto último causa de nulidad que el Tribunal debiera declarar de oficio. El cargo es, pues, ineficaz.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia de fecha siete de abril de mil novecientos veintisiete, proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN N. MENDEZ — Tancredo Nannetti — Francisco Tafur A. — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

El activo de la sucesión de José Ramón Salgado lo constituyen, según la diligencia de inventario judicial, practicada el once de diciembre de mil novecientos veinticuatro, unos pocos bienes muebles, avaluados en cuarenta y siete pesos; siete semovientes, avaluados en trescientos diez pesos, y los siguientes bienes raíces:

"Partida 3ª Un lote de terreno situado en el área de la población de Bosa, que mide aproximadamente siete fanegadas, alinderado como aparece en la diligencia de inventarios citada, avaluado este lote en setecientos pesos moneda corriente... \$ 700

"Partida 4ª Un terreno compuesto de siete lotes o potreros de ceiba, con sus casas de habitación, de bahareque y paja, situados en jurisdic-

ción del Municipio de Bosa, que tiene una extensión de unas noventa y siete fanegadas, incluyendo en dicho lote la manga alta que está contra las casas de la hacienda de Osorio, y que mide aproximadamente dos y media fanegadas, y alinderados como se especifica en la diligencia de inventarios citada, avalúo el lote de terreno con las casas, en la suma de diez y ocho mil novecientos cincuenta pesos moneda corriente, quedando comprendido en este avalúo las dos y media fanegadas de tierra alta, que estimo a cien pesos fanegada... \$ 18,950

"Partida 5ª Un lote de terreno situado en el área de la población de Fontibón, con una extensión aproximada de tres fanegadas, junto con las casas de bahareque y paja en él edificadas, alinderado como aparece en la diligencia de inventarios citada, los avalúo (terreno y casas), en dos mil cuatrocientos pesos moneda corriente... 2,400"

La finca a que se refiere la partida tercera, fue puesta en subasta pública, y sólo produjo \$ 490.

Por auto de diez y seis de marzo de mil novecientos veintiséis fueron aprobados los inventarios y avalúos, y el cinco de octubre del mismo año se demandó la partición de los bienes inventariados, la que fue decretada por auto de catorce de septiembre de mil novecientos veintisiete, para cuya época, en memorial de veintiuno de mayo de ese año, los coparticipes Ana, Bárbara y Maria Luisa Salgado, Jenara S. de Espinosa y Juan Francisco Ruiz, tenían pedido que el terreno ubicado en el Municipio de Fontibón, descrito en la partida 5ª del inventario, se dividiera materialmente en lotes, para que a cada uno de los coparticipes se le adjudicara allí lo que proporcionalmente le correspondiera, pues todos los interesados habían pedido que las otras dos fincas, ubicadas en el Municipio de Bosa y descritas en las partidas 3ª y 4ª, fueran vendidas en pública subasta, cosa que sólo pudo obtenerse con relación al lote de la partida 3ª, y eso por valor inferior al del avalúo, como ya se ha hecho notar, pues para el otro no hubo postor en ninguna de las distintas fechas que sucesivamente se fijaron para el remate.

La petición de que el terreno situado en el Municipio de Fontibón fuera distribuido entre todos los coparticipes, fue ratificada por la totalidad de éstos, en escrito presentado al Juzgado el veintiséis de septiembre de mil novecientos veintisiete, que obra a foja 124 del cuaderno principal.

Como los interesados no designaron el partidador, el Juzgado, en auto de cinco de mayo de mil novecientos veintiocho, nombró al doctor Eliecer Vargas V., quien presentó la cuenta de partición de treinta de octubre de ese mismo año, distribuyendo sólo las dos fincas raíces que le quedaban a la sucesión.

El terreno ubicado en el Municipio de Fontibón, respecto del cual los coasignatarios pidieron, legítima y unánimemente, que se dividiera materialmente entre ellos, para que a cada uno se le adjudique de él la porción que proporcionalmente le corresponda, sólo se adjudicó íntegramente al doctor Gabriel Cérón Camargo, como cesionario del heredero Francisco Antonio Salgado, y el lote ubicado en el Municipio de Bosa, descrito en la partida 4ª del inventario, y que no pudo ser rematado por falta de postor, fue adjudicado, proindiviso, en la siguiente proporción, con relación a la can-

tividad de diez y ocho mil novecientos cincuenta pesos, en que fue avaluado por los peritos:

A María Luisa Salgado Nates, un derecho equivalente a tres mil diez pesos ciento cuarenta y dos milésimos... \$ 3,010 142

A María Anastasia Salgado, un derecho equivalente a tres mil cien, ciento cuarenta y dos... 3,100 142

A Bárbara Salgado, un derecho equivalente a tres mil ciento diez, ciento cuarenta y dos... 3,110 142

A Jenara Salgado de Espinosa, un derecho equivalente a tres mil setenta, ciento cuarenta y dos... 3,070 142

Al doctor Gabriel Cerón Camargo, un derecho equivalente a quinientos noventa y nueve con ciento cuarenta y dos... 599 142

A Roberto Salgado, un derecho equivalente a mil quinientos cincuenta y cinco con setenta y un milésimos... 1,555 071

A José Gregorio Salgado, un derecho equivalente a mil quinientos cincuenta y cinco con setenta y un milésimos... 1,555 071

A Juan Francisco Ruiz, como rematador con Roberto Corchuelo, del derecho que correspondía a Pedro Salgado, un derecho equivalente a mil cuatrocientos noventa y nueve con setenta y un milésimos... 1,499 071

A Roberto Corchuelo, como rematador con Juan Francisco Ruiz, del derecho que acaba de expresarse, un derecho equivalente a mil cuatrocientos noventa y nueve con setenta y un milésimos... 1,499 071

Corrido el traslado de esa partición a los coparticipes, ella fue objetada por María Luisa Salgado Nates y Jenara Salgado de Espinosa, quienes dijeron:

"1° Los coasignatarios en una sucesión no pueden obligarse a permanecer en la indivisión. La partición del objeto asignado podrá pedirse siempre que los coasignatarios no hubieren acordado lo contrario. En el presente caso, se convino con el señor partidor que hiciera la partición material en lotes determinados por sus linderos, para así evitar nuevos juicios, gastos y pérdida de tiempo, pudiéndose hacer de una vez.

"2° La regla 8° del artículo 1394 del Código Civil, preceptúa que en la formación de los lotes se procurará no sólo su equivalencia sino la semejanza de todos ellos, teniéndose cuidado de no dividir o separar los objetos que no admitieren cómoda división, de lo cual resulte perjuicio para los interesados.

"El señor partidor, en lugar de guardar la regla precedente, adjudicó a un solo heredero el bien de Fontibón, con perjuicio evidente de los otros herederos; pues este lote, como es bien sabido, forma parte del área de la población de Fontibón, y estos lotes cada día aumentan de valor, dado el progreso de aquella población. Lo anterior significa que en la partición y adjudicación practicada por el señor partidor, no hay equidad ni justicia: se favoreció a un heredero con grave perjuicio de los demás herederos."

También objetó la partición, por idénticas razones, el doctor Vicente Parra R., apoderado de Roberto y José Gregorio Salgado; pero el Juzgado declaró no probadas las objeciones; aprobó la partición, y ordenó protocolar el expediente, y la expedición a cada uno de los coparticipes de la copia de su hijuela, y que se entregue a cada

uno de los mismos la parte de bienes que le haya correspondido.

Bárbara, Ana y María Luisa Salgado, Jenara Salgado de Espinosa y Juan Francisco Ruiz, apelaron de esa providencia, la que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de treinta y uno de agosto de mil novecientos veintinueve.

Contra esta sentencia interpusieron el recurso de casación el doctor Vicente Parra R., apoderado de los expresados Roberto y José Gregorio Salgado, y las señoritas Ana, Bárbara y María Luisa Salgado. Concedido dicho recurso, y llegado el momento de fallarse, la Corte lo admite, por hallarlo procedente.

Las expresadas señoritas Salgado invocan las causales 1ª y 2ª de casación, de las señaladas en el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, y el doctor Vicente Parra, sólo invoca la primera de esas causales. Se procede a examinar ambos recursos, comenzando por el estudio de la segunda causal del primero de estos recursos.

"La sentencia que nos ocupa—dicen los mencionados recurrentes—confirmó la de primera instancia, proferida por el Juez 1º del Circuito de Bogotá, con fecha veintitrés (23) de abril de mil novecientos veintinueve (1929), en la cual 'se declara no probadas las objeciones hechas a la partición, y, por consiguiente, aprueba en todas sus partes la partición de los bienes de la sucesión de José Ramón Salgado.'

"Esa sentencia nos ha causado agravio. Y nos proponemos demostrar que no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los coasignatarios."

Continúa una larga disertación, encaminada a sustentar el cargo, y que, al final, la resume así el recurrente:

"En resumen: el Tribunal, al confirmar lo dispuesto por el Juez de la causa, se ha desentendido de lo pedido por los asignatarios cuando demandaron la partición, de suerte que el fallo no ha recaído sobre la cosa o hecho demandado. Y ha violado con ello, de manera directa, la disposición sustantiva del artículo 835 del Código Judicial, y causado con su sentencia agravio a los asignatarios excluidos del terreno situado en la población de Fontibón."

Los poderdantes del doctor Montoya dijeron al final del escrito en que fundaron sus objeciones a la partición:

"Por estos motivos pedimos al señor Juez declare fundadas las objeciones que hacemos, y, en consecuencia, disponga que el señor partidor rehaga la partición, en el sentido de hacer de cada lote, el situado en Bosa y el ubicado en Fontibón, los siete lotes para cada uno de los siete herederos, guardando su equivalencia de valor y calidad de tierras, y su semejanza en cuanto fuere posible."

Estima la Corte que no es incongruente con esta petición el fallo del Tribunal, confirmatorio de primera instancia, en el cual, el Juzgado a quo "declara no probadas las objeciones hechas a la partición y, por consiguiente, aprueba en todas sus partes la partición de los bienes de José Ramón Salgado." Es, por tanto, infundado este cargo por segunda causal.

Primera causal.

Las mismas recurrentes, señoritas Salgado, acusan la sentencia de ser violatoria del artículo 1394 del Código

Civil en sus reglas 1ª, 7ª y 8ª, y para demostrarlo, razonan de esta manera:

"Si había motivos para considerar que el terreno urbano de Fontibón desmerecería con la división material o con la distribución numérica en derechos proindiviso, debió llamarse a los asignatarios para averiguar cuál ofrecía más por el terreno. Así lo ordena la regla 1ª del artículo 1394 del Código Civil. Y de ahí el primer cargo que vamos a hacer en este capítulo, porque no se hizo caso de esa disposición. Y el Tribunal, en lugar de volver por ese derecho, dio por bien hecha la partición.

"Al proceder como se hizo, al formar lotes para adjudicar derechos proindiviso en los inmuebles inventariados, ha debido guardarse la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, y procurando no sólo la equivalencia sino la semejanza de los lotes. Así lo ordenan las reglas 7ª y 8ª del artículo 1394 del Código Civil.

"El inmueble adjudicado al doctor Cerón Camargo, y el adjudicado, en cuentas proindiviso, a los demás asignatarios, no son de la misma naturaleza ni de la misma calidad. Si ambos inmuebles estuvieran ubicados en Bosa, o ambos en Fontibón, y si ambos fueran rústicos o ambos urbanos, reunirían condiciones comunes para poder sostener que eran de la misma naturaleza y de la misma calidad, aun cuando el criterio no sería seguro, porque pudiera ocurrir muy diversa clase de tierra en los rústicos o diversa situación y posición dentro del poblado de los urbanos, circunstancias que pudieran diferenciarlos en gran medida.

"En los autos aparece con toda claridad, comprobado, sin lugar a duda alguna, que el uno está situado en el Municipio de Bosa y el otro en el área de la población de Fontibón, y aquél es rústico y éste urbano.

"Esa misma diferencia de especies y calidades, y la situación de los terrenos en diversos Municipios, de muy distintos presente y porvenir, destruyen la semejanza que exige la citada regla 8ª, y dan origen a la inequivalencia que ha motivado las objeciones.

"El sistema para realizar la igualdad apetecida era adjudicar a todos, por iguales partes, tanto en el terreno de Bosa como el terreno de Fontibón; era proceder como lo pidieron todos los interesados, y que el Tribunal no hizo cumplir, contra ley de voluntades y positiva ley expresa, motivando esta controversia.

"No habiendo procedido del modo que acaba de indicarse, el partidor no logró realizar la posible igualdad que le prescribía la aludida regla 7ª; la cual igualdad solamente se logra, como la misma regla lo dice, adjudicando a los herederos cosas de la misma naturaleza y de la misma calidad.

"El Tribunal, al declarar en la parte resolutive de su sentencia no probadas las objeciones, y aprobar la partición, confirmó la falta de acomodo de dicha diligencia a las prescripciones de la ley y en los claros puntos señalados. De tal suerte que esa sentencia es un agravio a los intereses legítimos puestos en juego en la nombrada sucesión.

"Con lo expuesto en este capítulo, dejamos demostrado que el Tribunal violó las reglas 1ª, 7ª y 8ª del artículo 1394 del Código Civil, que contienen disposiciones sustantivas expresamente aplicables a la partición de bienes de la sucesión por causa de muerte."

Por su parte, el apoderado doctor Parra, también acusa la sentencia por este mismo motivo, y en la parte pertinente de su alegato dice:

"Las reglas 7ª y 8ª del artículo 1394, allí establecen preceptos perentorios y muy claros a que debe someterse estrictamente el partidor en el desempeño de su encargo, y en el caso presente los violó abiertamente, y, sin embargo, el Juez y el Tribunal hallaron correcto y aprobaron el proceder del partidor, haciéndose así responsables igualmente de violación de la ley, de que hicieron caso omiso."

Se considera:

En la sucesión por causa de muerte, la partición de los bienes se rige por las disposiciones del Título X, Libro 3º, del Código Civil, entre las cuales está la del artículo 1391, que contiene este precepto:

"El partidor se conformará en la adjudicación de los bienes a las reglas de este título, salvo que los asignatarios accedieren legítima y unánimemente otra cosa."

Son reglas de ese título las que consagra el artículo 1394, que las recurrentes estiman violadas, y que son de este tenor:

"El partidor liquidará lo que a cada uno de los coasignatarios se deba, y procederá a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presente las reglas que siguen:

"1ª Entre los coasignatarios de una especie que no admita división, o cuya división la haga desmerecer, tendrá mejor derecho a la especie el que más ofrezca por ella, siendo base de oferta o postura el valor dado por peritos nombrados por los interesados: cualquiera de los coasignatarios tendrá derecho a pedir la admisión de licitadores extraños, y el precio se dividirá entre todos los coasignatarios, a prorrata.

"7ª En la partición de una herencia o de lo que ella restare, después de las adjudicaciones de especies mencionadas en los números anteriores, se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuelas o lotes de la masa partible.

"8ª En la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos; pero se tendrá cuidado de no dividir o separar los objetos que no admitan cómoda división, o de cuya separación resulte perjuicio, salvo que convengan en ello legítima y unánimemente los interesados."

Resulta de estas disposiciones que el partidor debe ajustarse, ante todo, a la voluntad legítima y unánimemente manifestada por los coasignatarios, que, a falta de esta manifestación, proceda con sujeción a las reglas consignadas en el Título 10, Libro 3º, del Código Civil, y, por consiguiente, a las especiales del artículo 1394 ibidem.

Resulta de autos, como se ha hecho notar, que, como consta en el escrito presentado al Juzgado de primera instancia el veintiséis de septiembre de mil novecientos veintisiete, que obra a foja 124 del cuaderno principal, los coasignatarios, legítima y unánimemente manifestaron lo siguiente:

"En cuanto al lote de terreno situado en Fontibón, respecto del cual está decretada la partición material, insistimos en tal partición, para que se adjudique a cada heredero aquella porción que haya de corresponderle,"

Esa manifestación unánime de los coasignatarios vino a ratificar la que la mayor parte de ellos habían hecho ya en escrito de veintiuno de mayo del mismo año, en estos términos:

"Hemos convenido en que el terreno situado en jurisdicción del Municipio de Fontibón se divida materialmente en lotes, y se nos adjudique en la proporción que a cada uno de los coparticipes corresponda."

A esa primera petición contestó el Juzgado:

"Para acceder a lo pedido en el anterior memorial, hay necesidad de que la solicitud venga suscrita por todos los interesados."

Vino entonces el segundo memorial con la manifestación unánime de los interesados, de que ya se ha hecho mérito, y si bien es cierto que el Juzgado nada resolvió sobre ese particular, también lo es que la sola manifestación legítima y unánime de los coasignatarios, imponía al partidor el deber ineludible de ceñirse a ella por mandato imperativo de la ley. Sin embargo, el partidor, que ante aquella manifestación carecía de libertad para obrar a su arbitrio, desatendió el querer de los interesados, y sin consultar a nadie, adjudicó el lote de Fontibón a uno solo de éstos, y el Tribunal, para justificar ese procedimiento, declarando infundadas las objeciones a la partición, aduce estas razones:

"Primera. Porque, como lo dice el Juez, lo relativo al mayor valor de este lote, comparándolo con el predio de Bosa, constituye una cuestión de hecho, que en manera alguna aparece demostrada en el expediente; y

"Segunda. Porque el partidor, dadas las escasas dimensiones superficiares de este lote, no podía considerar prudente adjudicársele en común a todos los coparticipes, formando nueve cuotas de exiguo valor, y creando así una complicada comunidad en un pequeño predio.

"No siendo, pues, una finca de gran extensión, era lo más natural atribuirlo a uno solo de los herederos, con lo cual no se quebrantan la semejanza ni la equivalencia de las hijuelas, puesto que todas ellas tienen asignados bienes raíces en la proporción conveniente."

A esto observa la Corte que si en el expediente no resulta demostrada la cuestión de hecho relativa al mayor valor del lote de Fontibón, comparándolo con el predio de Bosa, si resultan estas dos cuestiones: la de qué, como lo observan los recurrentes, los dos predios no son de la misma calidad e importancia, toda vez que éste es rústico y aquél es urbano, y, sobre todo, la cuestión potísima de que los interesados han manifestado legítima y unánimemente, que es su voluntad que el lote de Fontibón se distribuya entre todos ellos, manifestación que, al tenor de los preceptos legales, entraña una rotunda prohibición de proceder de otro modo, toda vez que aun en el caso de que ese lote no admitiera una cómoda división, o de que de la distribución de él pudieran resultar perjuicios, el mandato del legislador, contenido en la regla 8ª del artículo 1394 del Código Civil, es que, por sobre todas esas consideraciones, se esté a aquello en que convengan legítima y unánimemente los interesados.

Es, pues, fundado el cargo que se examina, y lo expuesto es suficiente para casar la sentencia recurrida, sin necesidad de entrar a estudiar los otros cargos contenidos en el alegato del doctor Parra. Las razones expuestas sirven a la vez de fundamento al fallo de instancia.

En tal virtud, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, y en su lugar resuelve:

Revócase la sentencia de primera instancia, y ordénase al partidor que dentro del término de ocho días rehaga la partición, teniendo presente la petición que legítima y unánimemente han hecho los coasignatarios, de que el lote de terreno situado en el Municipio de Fontibón se parta materialmente entre ellos en la proporción correspondiente.

No hay lugar a condenar en costas en la instancia ni en el recurso de casación.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

Por medio de apoderado, el señor Camilo Castaño instauró una demanda contra el señor Calixto Henao para obtener que en sentencia definitiva se hicieran estos pronunciamientos:

"Primero. Que Camilo Castaño es dueño exclusivo de las mejoras existentes en el terreno baldío denominado Santa Rosa, ubicado en jurisdicción del Municipio de Briceño, mejoras que consisten en casa de habitación, cafetales, pastos artificiales y otros cultivos, y que radican en el nombrado terreno baldío de Santa Rosa, comprendido dentro de estos linderos:

'Desde la desembocadura de la quebrada de La Virginia en el río Totare, éste abajo, hasta encontrar la vaga que limita los terrenos de los señores Martínez; de aquí, vaga arriba, hasta encontrar una piedra grande que está a su margen derecha; de aquí, a esta piedra; de esta piedra, siguiendo una loma arriba, hasta encontrar una peña alta; de esta peña, línea recta, a un mojón clavado en el alto del Zambo o Las Guacas; de aquí, a buscar el nacimiento de la quebrada de La Virginia; y quebrada abajo, hasta su confluencia con el río Totare, punto citado como primer lindero.'

"Segundo. Que el demandado señor Calixto Henao está en la obligación de restituir o hacer entrega material al señor Camilo Castaño, dentro del término que usted señale, de acuerdo con la ley, de las mejoras de casa de habitación, cafetales, pastos artificiales y otros cultivos existentes dentro del demarcado globo de tierras baldías, y a las cuales se refiere la petición contenida en el ordinal primero que antecede.

"Tercero. Que el demandado Calixto Henao está en la obligación de restituir a Camilo Castaño los frutos naturales y civiles de las mejoras relacionadas, percibidos desde el seis (6) de agosto de mil novecientos diez y nueve (1919) hasta cuando se haga tal restitución, y no solamente los percibidos sino los que en el mismo período de tiempo hubiera podido percibir el dueño, con mediana inteligencia y actividad teniendo las expresadas mejoras en su poder.

"Cuarto. Que Calixto Henao está obligado a responder a Camilo Castaño del valor de los deterioros que por hecho o culpa del demandado hayan sufrido las mejoras en referencia.

"Quinto. Que Calixto Henao es responsable de las costas que ocasione este juicio."

Los hechos fundamentales se expresaron así:

"a) Camilo Castaño adquirió el dominio de las mejoras existentes en el demarcado terreno baldío de **Santa Rosa**, a que esta demanda se refiere, por compra que de ellas hizo a Manuel Medina con arreglo a la escritura de la Notaría del Circuito del Líbano, número 523, pasada el 19 de noviembre de 1914, instrumento que acompaño en copia auténtica y registrada.

"b) En mérito de ese título y por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que acompaño en copia auténtica y registrada, declaró el Tribunal Superior de este Distrito Judicial que Camilo Castaño es dueño de las mejoras de casa de habitación, cafetales, pastos artificiales y otros cultivos existentes en el terreno baldío denominado **Santa Rosa**, de la jurisdicción del Municipio de Briceño, determinado por los linderos que quedan expresados, y que son los mismos a que esta demanda se refiere; fallo que fue proferido por aquella alta corporación con fecha 24 de julio de 1923, en el juicio ordinario que Camilo Castaño se vio obligado a establecer para oponerse al denuncia que Calixto Henao hizo ante la Gobernación del Departamento de dichas mejoras y del terreno baldío de **Santa Rosa**, en que ellas están situadas, con el fin de que se le adjudicaran en propiedad, invocando para ello el carácter de cultivador de tierras baldías.

c) En virtud de un convenio privado celebrado entre Camilo Castaño y Calixto Henao, con fecha cinco de abril de 1919, Castaño confirió a Henao la tenencia material de las expresadas mejoras de **Santa Rosa**, bajo la condición de que si en el transcurso de cuatro meses contados desde esa fecha Castaño no le otorgaba escritura pública de esas mejoras, quedaría resuelto el pacto en la forma que en dicho convenio consignaron de manera expresa los contratantes, esto es, que en tal evento Castaño respondería por el valor de la finca.

"d) A pesar de haberse cumplido la condición resolutoria estipulada, con el hecho de no haberse otorgado por Castaño la escritura pública mencionada, Calixto Henao, en vez de restituir a Castaño las dichas mejoras de **Santa Rosa** al finalizar el término convenido de cuatro meses que venció el cinco de agosto de mil novecientos diez y nueve, continuó ocupando y usufructuando tales mejoras ya sin ningún derecho, hasta esta fecha.

"e) No solamente ha estado el demandado Calixto Henao ocupando de hecho y usufructuando hasta ahora las mejoras de **Santa Rosa**, a partir del seis de agosto de mil novecientos diez y nueve para acá, sino que las denunció como de su propiedad para que junto con el terreno en que radican se le adjudicaran en propiedad a título de cultivador de tierras baldías.

"f) El demandado Calixto Henao es poseedor de mala fe de las mejoras de **Santa Rosa**, porque él tenía conciencia de no haber adquirido el dominio de ellas por medio de un justo título exento de vicio, y sin embargo las denunció como de su propiedad ante la Gobernación del Departamento, con lo cual incurrió por lo menos en un manifiesto error de derecho que constituye una pre-

sunción de mala fe por parte del demandado. La mejor comprobación de este hecho la constituye el fallo del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, de que dejó hecha mención y que acompaño en copia."

El señor Henao, por conducto de apoderado, propuso las excepciones dilatorias de inepta demanda y pleito pendiente y el incidente se resolvió desfavorablemente para él. La demanda no fue contestada oportunamente.

El señor Juez 2º del Circuito de Ibagué pronunció sentencia el diez y nueve de noviembre de mil novecientos veintisiete, absolutoria del demandado.

Por apelación del demandante subió el asunto al Tribunal Superior de Ibagué, quien, en sentencia de veintitrés de noviembre de mil novecientos veintiocho, revocó la del Juez y accedió a las peticiones de la demanda.

La parte demandada interpuso recurso de casación, el cual se admite por hallarse en las condiciones legales, y se procede a decidirlo.

Ante la Corte, el señor apoderado del recurrente alegó la primera causal de casación, por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, ya por razón de violación directa, ya por interpretación errónea de la ley, ya, en fin, por indebida aplicación de ella al caso del pleito.

Al efecto expone varios motivos.

En el marcado con la letra a) se dice que el Tribunal no tuvo en cuenta que entre el demandante y el demandado existe un contrato de venta de las mejoras del terreno baldío llamado **Santa Rosa**, en el Municipio de Briceño, en virtud del cual Castaño puso a Henao en posesión material de tales mejoras y éste convino en pagarle como precio de ellas la suma de dos mil pesos, así: mil cien pesos que le entregó al contado y novecientos que debía pagarle cuando se le otorgara escritura pública de venta.

En el marcado con la letra b) se expone que de tal contrato dan cuenta, no sólo los hechos c) y d) de la demanda, sino unas posiciones absueltas por Castaño, que figuran en el tercer cuaderno del expediente. (Aquí las transcribe el recurrente).

En el motivo señalado con la letra e) se manifiesta que, en presencia de estos hechos, probados y establecidos, el sentenciador debió declarar improcedente la acción reivindicatoria, desde luego que Henao poseía las mejoras con un título tan justo como el que da el pago del precio y no era pertinente en ese caso apelar a una acción que permitiera llevar la cosa a poder del vendedor, sin devolver lo recibido como precio, sino que lo moral e indicado había sido establecer la acción que concede el artículo 1546 del Código Civil en los contratos bilaterales, cuando una de las partes ha dejado de cumplir lo pactado.

Con relación a estos motivos, se apuntan como violados los artículos 946, 950, 951, 1546, 1602, 1603, 1608, 1609 y 1610 del Código Civil.

El recurrente hace un resumen de los conceptos del Tribunal que dan origen a los cargos.

Se considera:

El Tribunal si tuvo en cuenta el convenio privado que hubo entre Castaño y Henao, en virtud del cual aquél entregó a éste y a Crisanto Henao las mejoras con determinadas condiciones. De esto habla al referirse al punto f) de la demanda, que versa sobre la mala fe atribuida al demandado; pero agrega que el pacto debía perfeccionarse por instrumento público.

Tratándose de una venta de mejoras en un inmueble, que son bienes raíces, era necesario efectuarla por escritura pública, de conformidad con el artículo 1857, inciso 2°, del Código Civil.

Parece que lo que hubo entre las partes fue una promesa de venta y a los autos no se trajo el documento respectivo.

De suerte que, no probada la promesa, ni el otorgamiento de la escritura de venta, pudo estimar el Tribunal que las mejoras, aunque entregadas materialmente a Henao, no habían salido del dominio de Castaño.

La Corte no halla injurídica esta conclusión, apoya en el susodicho artículo del Código Civil, y, por tanto, deduce que no hubo quebrantamiento por inaplicación de los artículos 1546, 1602, 1603, 1608, 1609 y 1610 de la misma obra, que se refieren a obligaciones contractuales, supuesto que no hubo contrato de compraventa de las mejoras, ni por aplicación de los artículos citados referentes a la acción reivindicatoria.

En el motivo de la letra d) se moteja al Tribunal por haber admitido indebidamente la acción reivindicatoria, apoyándose en el título presentado por el demandante, que consiste en una escritura otorgada por un particular, siendo así que respecto de bienes baldíos el único que puede conferir título de propiedad es la Nación, mediante el cumplimiento de las leyes que rigen sobre la materia. De aquí se saca que los particulares, con la cesión de mejoras, no venden otra cosa que un derecho de ocupación, que abandonado por cuatro años, extingue el derecho comprado. Con esto se violó el artículo 950 del Código Civil, "porque se admitió una acción sin que constara en forma legal la calidad de dueño que la ley exige en la persona que establece acciones de esa naturaleza."

Explicando el cargo, añade el recurrente que Calixto Henao ha estado ocupando el terreno desde 1919, y las mejoras en terreno baldío sólo subsisten hasta los cuatro años de abandono y no después; de suerte que el Tribunal ha tenido del negocio un concepto erróneo "y que le confiere derecho al demandante Castaño después de un abandono de diez años, cuyo motivo no ha justificado legalmente."

Se considera:

Acerca del dominio de las mejoras por el reivindicador, manifestó el Tribunal:

"En cuanto que sea propietario de tales mejoras el actor, ello está acreditado tanto con la escritura pública de compraventa, debidamente registrada, como por la sentencia ejecutoriada y registrada en que se hizo tal declaración, en juicio ordinario seguido entre las mismas partes."

En la escritura aducida por el demandante (la número 523, otorgada en la Notaría del Líbano el diez y nueve de noviembre de mil novecientos catorce, y registrada el veintiuno de agosto de mil novecientos diez y nueve), lo que se le vende a Camilo Castaño es el lote de mejoras y no el terreno baldío en que estaban puestas. Por manera que el sentenciador no desconoció el principio legal de que corresponde a la Nación el conferir los títulos sobre los baldíos. Además, aunque se prescindiera de esta escritura, quedaría el otro título mencionado: la sentencia acompañada en copia a la demanda, y contra ella no

se formuló cargo directo. Hé aquí porqué no prospera el actual motivo.

En el motivo e) se dice que el Tribunal apreció mal la escritura por la cual Manuel Medina y Agustín Castaño vendieron unas mejoras a Camilo Castaño en el baldío de Santa Rosa y las declaraciones de Benigno Romero, Tomás Giraldo, Ramón María Aristizábal, Francisco Cardona, Horacio Zambrano y Feliciano Martínez, porque con aquel título no se puede reivindicar, como erróneamente lo ha creído el Tribunal, y con estas declaraciones lo que aparece legalmente probado es que Calixto Henao hace diez años está ocupando el baldío; y en esas condiciones y habida consideración de que Castaño no ha demostrado que Henao le hubiera arrebatado sus derechos por medios violentos, es de rigor suponer que en la actualidad el verdadero dueño de tales mejoras es Henao, porque es imposible que ellas subsistieran a un abandono de diez años, y Castaño no ha demostrado que en todo ese tiempo se hubiera presentado a administrárselas o tomarlas por su cuenta y que Henao no lo hubiera permitido por los medios legales y corrientes. Por esto se violaron los artículos 542 y 543 del Código Judicial, porque sin prueba legal suficiente se condenó al demandado.

Se considera:

Respecto de la primera parte del cargo, o sea el haber creído erróneamente el sentenciador, por mala apreciación de la escritura, que ésta servía para reivindicar, ya se dijo lo suficiente al examinar el motivo anterior.

Cuanto a las declaraciones de los testigos, expresó el Tribunal que en la segunda instancia se había traído la prueba de la ocupación de las mejoras por Henao, ya por la propia confesión suya, "que se considera dueño de las mejoras," ya con los testimonios de que se hizo relación.

Aparece de tales declaraciones que Henao está ocupando las mejoras y, por otra parte, él se pretende dueño de ellas, con lo cual queda acreditada su posesión material. Contra esto nada prueba la reflexión del recurrente acerca de que el demandado no le arrebató violentamente esas mejoras al demandante, pues ya se sabe que le fueron entregadas merced a un convenio privado. Para el buen éxito de la acción reivindicatoria no se requiere que haya sido violenta la posesión del demandado: basta una posesión material cualquiera, como en el presente caso. Siendo suficiente el título del reivindicador y acreditada la posesión del demandado, al reconocer la acción no ha violado el sentenciador los mencionados textos del Código Judicial.

El motivo f) se hace consistir en que el Tribunal hizo caso omiso de la confesión de la parte demandante en los hechos c) y d) de la demanda, de existir un contrato entre ella y Henao, o hizo mala apreciación de la prueba que de esos hechos resulta en favor del demandado; así como tampoco consideró o hizo muy mala apreciación de unas posiciones absueltas por Castaño, pues a este respecto ninguna mención se hace y los hechos citados son capitales en la demanda, pues no le era suficiente al Tribunal saber que Henao se consideraba dueño y poseedor de las mejoras para legitimar su personería como demandado, sino que era preciso que el demandante demostrara que por un medio legal había dejado de subsistir aquel contrato y que él había cumplido las obligaciones a su cargo. De aquí que hubiese habido nueva

violación de las mismas disposiciones del Código Judicial.

Se observa:

Este motivo equivale, sustancialmente, a los tres primeros. El Tribunal tuvo en cuenta las confesiones acerca de que hubo un convenio privado entre las partes en relación con las mejoras, pero reconoció que ese convenio debía perfeccionarse por escritura pública. Faltando la prueba de ella, como ya se apuntó, el Tribunal dio por no celebrado el contrato, que era solemne, y como subsistente en el demandante el dominio de las mejoras. No se admite, por tanto, este cargo.

En el motivo g) se acusa al Tribunal de no haber tenido en cuenta el carácter transitorio de las mejoras en terreno baldío y que ellas en todo caso acceden al terreno y se pierden si se deja de ocupar el terreno por cuatro años. "En esas condiciones y no probándose una posesión material de veinte años, tal como lo exigen las Leyes 61 de 1874 y 48 de 1882, no le era posible al Tribunal admitir y decidir en favor de Castaño una acción reivindicatoria como la que estableció." Por esto fueron violadas las citadas leyes.

Se considera:

No expresa el recurrente los artículos precisos de estas leyes, cuya transgresión acusa, pues para los efectos de la casación no basta citar en general un Código o una ley. Véase el número 531 del tomo 3° de la *Jurisprudencia de la Corte*. Además, Castaño no abandonó propiamente las mejoras, sino que se las entregó a Henao en virtud de un convenio informal; fuera de que el cargo de abandono no fue propuesto en las instancias, por lo cual vendría a ser un medio nuevo en casación y como tal inadmisibles. Tampoco es atendible este cargo, por lo explicado.

El señor Henao no demandó en reconvencción para obtener la devolución del dinero que él le había entregado a Castaño; y de aquí que este importante punto no fuera debatido en las instancias, ni mucho menos haya podido ser objeto de la casación.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso de casación.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintiséis de junio de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito respectivo, la Compañía Constructora de Pereira, por medio de apoderado, demandó, por la vía ordinaria, al señor Luciano García para que, por sentencia definitiva, se hiciesen estas declaraciones:

"a) Que a la Compañía Constructora de Pereira le pertenece en propiedad un solar ubicado en el área de esta población, de veinticinco varas de frente por cincuenta de centro, alinderado así:

'Por el Occidente, la Calle de Mejía, hoy calle catorce; por el Norte, con propiedades que eran de José María Marín y Tomás Mejía, y por el Oriente, con solar que hoy ocupa el demandado Luciano García.'

"b) Que el demandado Luciano García está en la obligación de restituir a la Compañía Constructora de Pereira, en el término de seis días, a contar desde la ejecutoria de la sentencia, el solar alinderado cuya situación dejo indicada, restitución que ha de hacer con sus frutos naturales y civiles, y no sólo los percibidos sino los que la Sociedad haya podido percibir, con mediana inteligencia y actividad, teniéndolo en su poder, y libre de todo gravamen.

"c) Que el demandado debe pagar las costas del presente juicio, si lo sostiene."

Fundó esta demanda en los artículos 946, 950, 952, 964, 768 del Código Civil, y en los hechos siguientes:

"1° La Comisión Agraria de Pereira adjudicó y entregó a Clotilde Rosas el solar alinderado, en cumplimiento de la ley respectiva.

"2° Clotilde Rosas, por escritura número mil veintiuno, otorgada ante el Notario de Manizales con fecha veintitrés de septiembre de mil ochocientos noventa y uno, vendió a Eusebio Londoño el solar en referencia.

"3° Eusebio Londoño, desde que por medio de ese instrumento adquirió el dominio del solar, hasta su muerte, ejecutó en el solar toda clase de actos de dominio, lo ocupó y poseyó.

"4° Muerto Londoño, y seguida la causa mortuoria, ese solar fue adjudicado y entregado a la heredera Andrea Londoño, quien, cuando eso ocurrió, era menor de edad.

"5° La señora Londoño se ausentó de esta ciudad, y en su ausencia, el solar fue ocupado por otras personas, sin derecho ni título alguno.

"6° Sin derecho ni título alguno hoy ocupa ese solar el demandado Luciano García.

"7° El demandado Luciano García ha comenzado a edificar en el solar, y apenas tiene ejecutados los primeros trabajos; y

"8° La Compañía Constructora de Pereira compró a la señora Andrea Londoño, hoy casada con Enrique Gómez, el solar en referencia, como consta en la escritura número mil seiscientos sesenta y siete, del veintitrés de octubre de mil novecientos veintiséis, otorgada en la Notaría 1° de Pereira, según la cual el doctor Jorge Roa Martínez hizo esa venta con poder de la señora Londoño, y con las formalidades legales.

"9° Ese solar es hoy de la exclusiva propiedad de la Compañía Constructora de Pereira, a quien represento."

Contestó el demandado rechazando las pretensiones del actor, negando unos hechos, aceptando otros, y opuso las excepciones de carencia de acción, fundado en que la Compañía demandante no es dueña del solar cuya reivindicación pretende; prescripción extraordinaria adquisitiva; por haber poseído el señor Antonio García y sus antecesores el terreno por más de treinta años, y prescripción extintiva. En subsidio, pidió que fuera declarada la prescripción ordinaria.

El Juez de la causa, una vez terminada la primera instancia del juicio, la falló así:

"1° Se declaran probadas las excepciones de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, prescripción adquisitiva de dominio y carencia de acción, propuestas por el demandado señor Luciano García en este juicio. En consecuencia, corresponde al señor Luciano García el dominio del solar que se discute, que está situado en la esquina sudoeste de la manzana número doscientos dos, del área de esta ciudad, que mide veinticinco varas de frente por cincuenta de centro, alinderado así:

'Por el Occidente, la calle catorce, antes llamada de Mejía; por el Sur, la carrera once, antes llamada de Quimbaya; por el Norte, con solares que eran o son de Tomás Mejía y de José María Marín, y por el Oriente, con solar del mismo señor Luciano García.'

"2° Se absuelve al señor Luciano García de los cargos formulados en la demanda."

El Tribunal Superior de Pereira confirmó la sentencia anterior, con la única reforma de que no hay lugar a la declaración de la prescripción extintiva del dominio, y menos sobre la prescripción ordinaria alegada, por haber declarado la extraordinaria, y ser, por este aspecto, inútil el estudio que pudiera hacerse sobre el particular.

El personero de la Compañía demandante interpuso contra la sentencia del Tribunal recurso de casación, que la Corte admite, por estar arreglado a las prescripciones de la ley, y procede a resolver, previo el estudio de la demanda respectiva.

Entre las excepciones declaradas por el Tribunal, está la de carencia de acción. Como esta defensa de la parte demandada, más bien que una excepción es la negación del derecho que el actor invoca para demandar la reivindicación, precisa estudiarse en primer término el recurso en lo tocante a este punto, pues si fuera cierto que el demandante no ha comprobado el derecho que le asiste para pedir, sobraría el fallo sobre excepción de prescripción, que siempre se opone sobre la base de que esté justificada la acción.

Entre los títulos presentados por la Compañía Constructora de Pereira figura la adjudicación hecha en mil ochocientos noventa y cuatro a la señora Andrea Londoño del solar en referencia; y la escritura de mil novecientos veintiséis, por la cual el doctor Jorge Roa Martínez, como apoderado de la señorita Andrea Londoño, vendió el solar a la Compañía demandante.

El Tribunal desconoce el título de adjudicación de la causante inmediata de la Compañía actora, entre otras razones, porque carece del requisito del registro, en cuyo caso, dice, la falta todo su valor legal, de acuerdo con lo que disponen los artículos 2673 y 2674 del Código Civil.

La nota de registro que aparece al pie de la hijuela dice así:

"Oficina de Registro del Circuito—Pereira, febrero 21 de 1894.

"Se registró la anterior sentencia, que aprueba la partición de esta causa mortuoria, en el Libro de Registro de causas mortuorias, a los folios 2 y 3 partida.

"2° Comprobó el pago de los derechos fiscales.

"El Registrador, Epifanio Gaviria A."

Dice el Tribunal que no se puede sostener que el registro de la sentencia aprobatoria de la partición subsana la irregularidad apuntada, porque en tal inscripción sólo se atiende a la publicidad que debe darse al acto o contrato por el cual los coparticipes han declarado terminada la comunidad de bienes por vía de la partición

verificada, pero en manera alguna se llena el objeto previsto en el artículo 2641 del Código Civil; en otros términos, el dominio de un bien raíz, a título de sucesión, sólo se viene a perfeccionar por el registro que se haga de la respectiva hijuela.

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al estimar el registro de la sentencia de partición en la sucesión de Eusebio Londoño, en cuanto no consideró registrada la hijuela de Andrea Londoño, comprensiva del solar materia del litigio, solar ubicado en Pereira, ante cuyo Juez del Circuito se siguió la respectiva causa mortuoria, y en cuya Notaría se protocoló el expediente de la sucesión.

"Ha dicho la Corte, en sentencia de casación de doce de julio de mil novecientos veinte, continúa el recurrente, que una vez registrada la sentencia aprobatoria de la partición, no hay necesidad de registrar cada una de las hijuelas de adjudicación, puesto que el registro de la partición comprende aquellas, y que sólo cuando los bienes raíces que han sido materia de la partición se hallan ubicados en distintos círculos de registro, es preciso registrar la hijuela de adjudicación correspondiente en el respectivo círculo, para cumplir así lo prevenido en el artículo 2654 del Código Civil.

"En el presente caso, el solar adjudicado a Andrea Londoño estaba ubicado en Pereira, lugar del juicio de sucesión, luego bastaba, y ha bastado, con el registro de la sentencia en dicho círculo."

Concluye el autor del recurso manifestando que el Tribunal violó, en virtud del error de derecho apuntado, el artículo 2662 del Código Civil, por cuanto estando registrada la sentencia de partición en la sucesión de Eusebio Londoño, no consideró registrada la hijuela de Andrea Londoño, siendo así que el artículo citado dispone que el auto legal de partición comprende el de las partes o hijuelas respectivas.

Se considera:

El caso contemplado por la Corte en la sentencia que el recurrente cita, consistió en que, a pesar de haber sido registrada la sentencia aprobatoria de una partición en el lugar en que se siguió el juicio, se tacharon las copias de las hijuelas, por no haber sido inscrita también la sentencia aprobatoria en el lugar donde estaban ubicados los bienes. Dijo así la Corte:

"Ahora bien: si es verdad que en tales copias se omitió incluir la de la sentencia aprobatoria de la partición, que con las hijuelas forman un solo cuerpo, no por ello puede decirse que el registro de ella fuera ineficaz para verificar la tradición, pues conforme al artículo 2662 del Código Civil, el registro de un acto legal de partición comprenderá la fecha de ese acto, el nombre y apellido del partidor y la designación de las partes e hijuelas respectivas."

Esto no quiere decir que la sentencia aprobatoria de la partición no deba registrarse, pues debe hacerse conforme a lo mandado en el inciso 6° del artículo 2652 del Código Civil, pero una vez hecho el registro de ella en el lugar de la protocolización del juicio sucesorio, no cree la Corte que sea necesario llevar el expediente a todos los Circuitos de Registro donde estén ubicados los bienes que fueron materia de la partición, con el objeto de registrar en cada uno de ellos la sentencia aprobatoria de ella, sino que basta registrar en esos círculos la respectiva hijuela, cumpliendo así con lo prevenido en el artículo 2654 del Código Civil.

Se dijo también en ese fallo que la Corte tenía establecido que, una vez registrada la sentencia aprobatoria de la partición, no hay necesidad de registrar cada una de las hijuelas de adjudicación, puesto que la partición registrada comprende aquellas; que solo hay necesidad de hacer la inscripción de cada hijuela cuando los bienes raíces, que han sido materia de la partición, se hallan ubicados en distintos Circuitos de Registro.

Ahora bien: en este pasaje del fallo se habla del registro de la sentencia aprobatoria de la partición, entendiéndose que al mismo tiempo se ha registrado la partición; pues se dice que la partición registrada comprende aquellas (las hijuelas), y que no hay necesidad de repetir el registro de cada adjudicación cuando los bienes raíces están en el lugar donde la partición se inscribió.

En el título que se estudia apenas aparece de la nota del Registrador que se inscribió la sentencia aprobatoria de la partición, sin agregar que esta última se hubiera registrado, y como los artículos 2261 y 2262 del Código Civil indican separadamente cómo se registran las sentencias y cómo los actos legales de partición, el Tribunal apreció la nota de registro como prueba de la inscripción exclusiva de la sentencia, la cual debe registrarse, según lo indica el ordinal 6º del artículo 2652 del Código Civil. Y la sola inscripción de la sentencia aprobatoria de una partición, no es suficiente, si al mismo tiempo no se registra la partición para demostrar la tradición del dominio de los bienes partidos.

El recurrente no acusa esta apreciación de la nota de registro por errónea, en el sentido de que la inscripción de la sentencia lleve consigo la del acto de partición, de modo que sobra el fundamento de que la nota sólo dice, como lo entendió el Tribunal, que únicamente fue registrada la sentencia aprobatoria de la partición. El razonamiento del sentenciador es inobjetable.

No teniendo fuerza legal el título anterior de la Compañía Constructora de Pereira, queda desvinculado de sus antecesores el directo que presenta para reivindicar, el cual es posterior a los títulos exhibidos por la parte demandada, lo cual basta para desechar la acción y para concluir que no existe en la sentencia error de hecho y de derecho, ni las violaciones legales que el recurrente señala, por haberse declarado en ella que el demandante no ha probado su acción, y como esta consideración es suficiente para sostener en esa parte el fallo acusado, huelga estudiar los demás reparos que hace el autor del recurso a la exposición del Tribunal, sobre los demás títulos presentados por la Compañía demandante.

No prosperando la acción reivindicatoria intentada, por defecto de los títulos alegados para sostenerla, sobra, como se ha dicho, el fallo sobre la excepción de prescripción; pero como el Tribunal se excedió, y aparte de la declaración sobre carencia de acción, decidió que estaba probada la excepción de prescripción, la Corte se ve precisada a estudiar los reparos que el recurrente le hace a esta parte de la sentencia.

Alega el recurrente la primera causal de casación, y sostiene que al declarar el Tribunal la prescripción extraordinaria en favor de Luciano García, incurrió en errores de hecho y de derecho y en la violación de varias disposiciones del Código Civil, que regula la materia. Violó, dice, el artículo 762 de ese Código, el cual enseña que la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño; pues el Tribunal, para admitir la excepción de prescripción, consideró que la posesión

del caso había ocurrido durante el plazo necesario para prescribir, no obstante que hubo un lapso entre el veintinueve de noviembre de mil novecientos cuatro, fecha en que Antonio García vendió el solar materia del litigio a Erasmo Carvajal, y el veinticinco de agosto de mil novecientos diez, en que el mismo Antonio García compró a Carvajal dicho solar, lapso durante el cual no está demostrado el ánimo de señor y dueño en la tenencia material ejercida por el referido Antonio García, sino, por el contrario, desmentido y eliminado. Quiere ello decir que para dicho lapso el Tribunal aceptó como posesión lo que era simple tenencia, desprovista del ánimo de dueño, con lo cual infringió el citado artículo 762 del Código Civil.

Se refiere este cargo a los siguientes pasajes de la sentencia, que el autor del recurso transcribe en su alegato:

"En efecto: con más de treinta testimonios, visibles a folios 94 y siguientes, se ha comprobado que desde el año de mil ochocientos ochenta y ocho, la posesión que hoy radica en el señor Luciano García, ha sido tranquila y continuada; como en el año citado lo ocuparon los señores Juan de Dios y Rafael Betancourt, quienes, a su vez, lo vendieron a Antonio García; éste a Erasmo Carvajal, según escritura número 1198, de veintinueve de noviembre de mil novecientos cuatro; Carvajal a Antonio García D., por escritura número 999, de veinticinco de agosto de mil novecientos veinte; García D. a Luciano García G., en escritura número 750, de primero de octubre de mil novecientos veinte; luego el vendedor volvió a adquirir el dominio por escritura número 1020, de cuatro de septiembre de mil novecientos veintidós, y, finalmente, volvió a repetirse el contrato de compraventa entre los mismos individuos, según consta del instrumento público número 994, de dos de septiembre de mil novecientos veintitrés, títulos éstos otorgados todos ante el señor Notario del Circuito de Pereira.

"De suerte que la tradición verificada en forma regular, desde el año de mil ochocientos noventa y cuatro, ha colocado a todos los adquirentes en el campo de adquirir, no sólo por medio de la prescripción extraordinaria, sino también por la ordinaria, en el caso de que la primera no se hubiera dado tiempo de verificarse. Y se dice esto, porque de acuerdo con el artículo 2532 del Código Civil, la prescripción extraordinaria se verifica sólo por el transcurso de treinta años de posesión continua, sin que sean precisos títulos escritos de ninguna clase."

"Si las declaraciones de testigos, en que se basa el Tribunal, continúa el recurrente, dicen que antes de poseer Luciano García el solar de este pleito, lo poseyó Antonio García, esas declaraciones, por lo que hace a éste únicamente, han podido tomarse como prueba de una tenencia material, tenencia de la que no podía presumir el ánimo de dominio, por cuanto esa presunción quedaba destruida frente a la escritura número 1198, de veintinueve de noviembre de mil novecientos cuatro, escritura por medio de la cual Antonio García se desprendió de todo ánimo de señor al vender el inmueble a Erasmo Carvajal, y si el veinticinco de agosto recuperó Antonio García ese ánimo al comprar a Erasmo Carvajal el solar referido, quiere decir que entre el veintinueve de noviembre de mil novecientos cuatro y el veinticinco de agosto de mil novecientos veinte, no tuvo García el ánimo de señor y dueño, y, por consiguiente,

mal pudo el Tribunal dar por probada la posesión en ese lapso. Hubo, pues, error evidente de hecho en la sentencia, al no considerar el Tribunal la venta hecha por Antonio García a Erasmo Carvajal, en mil novecientos cuatro, como un desprendimiento en García del ánimo de dueño, máxime cuando en la escritura de venta dice García que desde esa fecha entrega lo vendido con las acciones consiguientes. Y el error anotado condujo al Tribunal indefectiblemente a la violación del artículo 762 del Código Civil."

Congruente con este reparo, el autor del recurso acusa la sentencia por haber incurrido el Tribunal en errores de hecho y en violación de los artículos 2512 y 2531, 773 y 2521 del Código Civil, por haber declarado en favor de Luciano García la prescripción, siendo así que no está demostrada la posesión continua por el lapso de treinta años, requerida para tal prescripción, desde luego que en mil novecientos cuatro Antonio García vendió a Erasmo Carvajal el solar que se trata de prescribir, con lo cual se demuestra que la posesión ejercida por el vendedor carecía del ánimo de dueño, y que no está demostrado que poseyera en nombre de su comprador, máxime cuando en la escritura de venta expresó García que entregaba a su comprador el fundo vendido, y en la nueva venta que Carvajal le hizo a García, se expresa que entrega también la cosa que fue materia del contrato.

Para resolver, la Corte considera: es un hecho comprobado en autos con las declaraciones de varios testigos, que pasan de veinte, que el señor Antonio García ejerció sobre el solar que está en litigio, por más de treinta años, actos de dominio, consistentes esos actos, al principio, en cultivos de café, caña y plátano; después, en cultivos de pasto común y de Micay, cercados para encerrar animales, y en la edificación de una casa. Ahora bien: si aparece que en mil novecientos cuatro vendió García dicho solar a Erasmo Carvajal, es evidente que García sólo fue tenedor de dicho solar, porque la calidad de dueño pasó a Carvajal; pero si después de la venta, García continuó teniendo el terreno vendido, hay que reconocer también que lo hizo reconociendo el dominio de su comprador, y que poseyó en nombre de éste; y como sin perder esa tenencia la finca volvió al mismo Antonio García y luego al demandado Luciano García, quien, según los testimonios citados por el Tribunal, ha poseído hasta el presente, es preciso concluir que si Luciano García ha poseído por más de treinta años, "es uniendo la posesión de sus tradentes, de acuerdo con lo permitido por el artículo 778 del Código Civil."

Algunos de los treinta testigos a quienes se les puso de presente las escrituras de venta hechas en mil novecientos cuatro, por Antonio García a Erasmo Carvajal, y la de mil novecientos veinte, hecha por Carvajal al mismo García, expresan que tan sólo en el momento en que declaran tuvieron conocimiento de esas escrituras, pero que siempre presenciaron que durante los veintiocho años a que se refieren sus declaraciones sobre posesión de Antonio García, fue éste quien tuvo el terreno, ejerciendo en él actos a que sólo da derecho el dominio, como darlo en arrendamiento y hacerle desmontes, cercas, cultivos, edificios, y mantener animales.

Comprobada en estos términos la posesión material no interrumpida del suelo por más de treinta años, no erró el Tribunal al declarar en favor del demandado la prescripción extraordinaria adquisitiva, ni violó las disposiciones del Código Civil que tal derecho consagran.

Dice el autor del recurso que el Tribunal incurrió en

error de derecho al apreciar que los señores Betancourt, ocupantes del terreno en disputa, fueran antecesores de Antonio García, fundado en las declaraciones de dichos señores, porque tales declaraciones nada dicen sobre estipulaciones de precio alguno, y siendo así que el precio es elemento esencial en la compraventa, es incuestionable que no demostrando ese elemento, aquélla no puede darse por establecida. No está, por consiguiente, demostrada la relación de compraventa entre Betancourt y Antonio García, por lo cual mal ha podido considerar el Tribunal a éste como sucesor de aquéllos, para agregar su posesión a la de sus antecesores. De otro lado, sigue arguyendo el recurrente, en la hipótesis de que, sin acreditar la existencia del elemento precio, pudiera aceptarse la validez de una compraventa, todavía así incurriría en error de derecho, al aceptar la declaración de los vendedores en favor de la parte compradora. (Artículos 596 y 599 del Código Judicial).

Observa la Corte que el Tribunal, al hacer la declaración de los títulos de Antonio García, incluyó como tal la venta que los Betancourts hicieron a Antonio García del terreno que habían ocupado desde mil ochocientos ochenta y ocho, en lo cual yerra el sentenciador, porque no aparece comprobada la transmisión de dominio; pero ese error no influye en la decisión, desde luego que, sumando el tiempo de posesión de Antonio García, conforme a los numerosos testimonios aducidos en el pleito, a los años en que ha poseído Luciano García, transcurrieron más de treinta y dos años, tiempo que excede al requerido por la ley para la prescripción adquisitiva extraordinaria, declarada en el fallo.

En razón de 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, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido materia del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Pereira el veintiuno de mayo de mil novecientos treinta, y condena a la parte recurrente en las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN N. MENDEZ.—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Petrona Cuitiva de Cantero demandó a Rodolfo Pérez para que se hicieran estas declaraciones:

"a) Que pertenece a la sociedad conyugal ilíquida que formé con el señor José M. Cantero L., el derecho a seis fanegas de tierra en la comunidad de Bugre, que se halla indivisa, según la escritura pública número 165, de mil novecientos cuatro, de la Notaría del Bajo Sinú.

"b) Que pertenece igualmente a la sociedad conyugal ilíquida la posesión de la porción de terreno descrita en el punto 2° de los hechos de esta demanda, para que una vez efectuada la división de Bugre, se le adjudique a la dicha sociedad la expresada porción.

"c) Que pertenece igualmente a dicha sociedad la propiedad de los cultivos, árboles frutales y casas de habitación, de que se ha hecho mención.

"d) Que el señor Rodolfo Pérez debe restituir a la expresada sociedad tanto la porción de terreno como los cultivos de carácter permanente, los árboles frutales y casas de habitación de que se ha hecho mención, así como pagar el usufructo de la dicha porción y de los cultivos y casas de habitación.

"e) Que, como poseedor de mala fe, debe hacer las restituciones consiguientes."

Adujo como hechos de la demanda los siguientes:

"1° Soy esposa legítima del señor José María Cantero L., por el matrimonio que con él celebré el tres de marzo de mil novecientos dos, en la parroquia de San Antonio de Cereté. Mi esposo murió en este mismo Municipio el nueve de noviembre de mil novecientos doce, quedando así ilíquida la sociedad conyugal que con él formé en vida.

"2° Mi referido esposo había entrado a ocupar desde hace más de treinta y cinco años una porción de terreno en los conocidos con el nombre de Mancomunidad de Bugre, jurisdicción de este Distrito, porción que se halla delimitada así: por el frente, con el caño de Pae; por la derecha, entrando, con posesión de Pedro Perosa; por la izquierda, con predio de Rafael Díaz, y por el fondo, con predio de Leonardo Almanza. En esta porción, Cantero L. estableció cultivos de carácter permanente, árboles frutales, casas de habitación, etc., y allí vivió con su familia hasta la época de su muerte, acaecida, como dije, en noviembre de mil novecientos doce.

"3° Los terrenos que forman la Mancomunidad de Bugre se hallan determinados de la siguiente manera: por el frente, el caño de Las Palmas, a la boca de Las Aguas Negras; por el Norte, al camino del caño de Santafé; por el Este, al bongo de Puchaca, corriendo desde el Nordeste al Sur, a la ensenada de Bonguito; de ahí a la boca vieja de Puchaca y Don Lucas; de ahí a la boca de Manta por el Norte; del Este, al cañito de Los Robles; de éste, por el Norte y Nordeste, a Salsipuedes; de ahí al Guamo de Polo; de aquí para el Norte, a Flor del Campo, y de aquí, al Sur, a la vuelta, a encontrarse con el primer punto o lindero, a la boca del caño de Las Palmas.

"4° Para poder ocupar legalmente la porción ocupada, el señor José María Cantero, en asocio de otras personas, compraron al señor Daniel José Nieves 44 fanegas de terreno en la expresada Mancomunidad, correspondiéndole en esta compra, a mi finado esposo, 6 fanegas, según la escritura número 165, de veinte de septiembre de mil novecientos cuatro, otorgada en la Notaría del Bajo Sinú.

"5° Desde el primer momento de la ocupación, hace treinta y cinco años, el señor José María Cantero L. estuvo en tranquila y pacífica posesión de la porción ocupada, sin que nadie lo interrumpiera en ella, ejerciendo continuamente actos de dominio, como cerramiento de cercas, fomento de cultivos, construcción de casas de habitación, hasta el momento de su muerte, acaecida, como antes dije, el nueve de noviembre de mil novecientos doce.

"6° A pesar de la muerte de José María Cantero L., toda su familia continuó en tranquila y pacífica posesión de la porción determinada, hasta el año de mil novecientos diez y seis, en que el señor Rodolfo Pérez, vecino del Municipio de Cereté, sin apoyarse en título

alguno de ninguna clase, y prevalido de mi ignorancia, consiguió hacernos desocupar la dicha porción de terreno, ocupándola él desde el trece de diciembre de mil novecientos diez y seis hasta la fecha."

El Juez absolvió al demandado, y el Tribunal de Cartagena, que conoció del juicio, en recurso de apelación revocó el fallo, y decidió:

"1° Revócase la sentencia de primera instancia, que queda revisada.

"2° Declárase que la sociedad conyugal ilíquida, formada por la demandante Petrona Cuitiva con José María Cantero, por muerte de uno de los cónyuges tiene derecho a seis fanegas de terreno en la comunidad indivisa de Bugre, de acuerdo con la escritura pública número 165, de mil novecientos cuatro, otorgada en la Notaría del Bajo Sinú.

"3° Declárase que pertenece a la misma sociedad la posesión de la porción de terreno que venía ocupando en la misma comunidad, alindurada así: por el frente, con el caño de Pae; por la derecha, entrando, con posesión de Pedro Perosa; por la izquierda, con predio de Rafael Díaz, y por el fondo, con predio de Leonardo Almanza.

"4° Declárase que pertenece a la misma sociedad la propiedad de los cultivos de carácter permanente, árboles frutales y casas de habitación, establecidas en la porción de terreno anteriormente descrita.

"5° Declárase que la sociedad ilíquida Cantero-Cuitiva tiene mejor derecho, y mientras dure la indivisión, a ocupar la porción de terreno descrita; y en esa virtud, condénase al señor Rodolfo Pérez para que, antes del término de tres (3) días la restituya, con todas sus anexidades, como cultivos de carácter permanente, árboles frutales y casas de habitación.

"6° Condénase al mismo demandado a pagar los frutos civiles y naturales desde antes de la contestación de la demanda, así como todos los que hubiere podido producir con mediana inteligencia y actividad el demandante (artículo 964 del Código Civil). Estos frutos serán estimados en juicio separado.

"7° Condénase al mismo demandado a pagar los deterioros que haya sufrido la cosa por su hecho o culpa. También serán determinados en juicio separado los deterioros.

"8° Cancelese la inscripción de la demanda de que trata el artículo 42 de la Ley 57 de 1887.

"9° Declárase no probada la excepción de prescripción, alegada por el demandado."

Interpuso recurso de casación el señor Rodolfo Pérez, recurso que se admite y estudia, por estar ajustado a la ley.

En dos memoriales se funda el recurso: uno presentado ante el Tribunal y otro ante la Corte, memoriales que se considerarán conjuntamente.

El primer reparo consiste en violación directa de los artículos 2322, 2323, 2079, inciso 2°; 946, 949 y 950 del Código Civil, y se hace consistir en que el Tribunal le reconoció a la señora Cuitiva la acción reivindicatoria para la sociedad conyugal ilíquida, siendo así que ha debido demandarse para la comunidad, por cuanto ella demandó como comunera.

Se considera: el fallador interpretó la demanda en el sentido de que la petición de dominio se refería no a una porción de terreno determinada, sino al derecho en sí a seis fanegas, para que al dividirse la comunidad, le

fueran reconocidas a la sociedad conyugal ilíquida Cantero-Cultiva, es decir, se reivindicó una cuota determinada de una cosa singular, el derecho a seis fanegas, que perteneció indiscutiblemente a la sociedad demandante, pues fue adquirido durante el matrimonio.

Ahora, interpretada así la demanda, la acusación ha debido hacerse por error de hecho en la interpretación de ese documento, pero no por violación directa de los textos citados por el recurrente; pues bien se ve que una persona sí puede reivindicar el derecho que tenga en una comunidad.

Se ataca el fallo por error de derecho, al dar el carácter de plena prueba a un documento que no presta mérito probatorio, cual es la escritura exhibida, número 165, pues sólo se acompañó una copia de copia, escritura que no fue registrada.

Se observa: cierto es que la escritura acompañada es copia de una copia que se hizo protocolizar, pero también es verdad que al final de esa copia aparece una nota del Registrador de instrumentos públicos, de la cual aparece que la escritura número 165, de veinte de septiembre de mil novecientos cuatro, fue registrada el veintidós del mismo mes y año, y aparece también que los archivos de la Notaría, correspondientes a los años de mil ochocientos sesenta y ocho a mil novecientos cuatro, se quemaron.

El título fue registrado oportunamente, y la copia de la copia tiene valor al presente, de conformidad con los artículos 683 y 684 del Código Judicial, por haberse comprobado el incendio de los protocolos de los años de mil ochocientos sesenta y ocho a mil novecientos cuatro.

Ahora, si la acusación se refiere al registro de la escritura de protocolización, se advierte que al pie de la copia presentada al juicio se halla la respectiva nota de registro.

También se acusa el fallo por error de derecho, al estimar ese título suficiente para reivindicar, sin que se haya acompañado el certificado del Registrador, de que habla el artículo 111 de la Ley 105 de 1890.

Se repara: ese certificado sólo se exige para los desembargos de plano, pero no para los juicios de reivindicación, donde se hace comparación de títulos prevaleciendo el anterior, sin que sea necesario remontar la cadena hasta llegar al título primitivo, cosa la más de las veces imposible; basta con que el reivindicador acompañe un título anterior al del poseedor, para que se le reconozca el dominio. Esta ya es doctrina constante de la Corte, como puede verse, entre otras, en las sentencias de treinta de septiembre de mil novecientos diez y nueve (*Gaceta Judicial*, tomo XXVII, página 312, 3°), y treinta de noviembre de mil novecientos veinte (*Gaceta Judicial*, tomo XXVIII, página 266, 3°).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, de fecha abril siete de mil novecientos treinta.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio treinta de mil novecientos treinta y uno.

Vistos:

Virginia Ruiz C., Ana Dolores Ruiz y María Virginia Ruiz entablaron ante el Juez 7° Civil del Circuito de Bogotá, contra Juan Francisco Rodríguez y Eduardo Plata, juicio ordinario en ejercicio de estas acciones:

1° Que las actoras son propietarias de la finca compuesta de la casa alta y baja, con el suelo en que está edificada y sus patios y solares, situada en Bogotá, en el barrio de Las Nieves, en la calle 23, y marcada en su puerta de entrada con el número 54; finca que está formada por fracciones: la que Virginia Ruiz C. adquirió de Juan N. Rodríguez N. por compra, según escritura número 166, Notaría 3ª de Bogotá, de fecha diez y seis de febrero de mil novecientos diez y ocho; la que Ana Dolores y María Virginia Ruiz adquirieron del mismo vendedor, por escritura pública número 756, Notaría 5ª de Bogotá, de fecha veinte de abril de mil novecientos tres. Los linderos de la finca son: por el Norte, con propiedad que fue de Mercedes Vargas de Urdaneta y Eduardo Urdaneta y solar de Belisario Peña; por el Oriente, con propiedad que fue de los mismos Urdanetas nombrados y con apartamento o casatienda que fue del señor Juan N. Rodríguez N. y hoy de las señoritas Ana Dolores y María Virginia Ruiz o Rodríguez; por el Sur, con la calle 23, y por el Occidente, con casatienda de la señorita Virginia Ruiz C., construida esta última casatienda en lote que fue de Josefa González de Guzmán, que lindaba en una época con casa de Milciades González y propiedad de los Montalvos. Las dos porciones o fracciones de las fincas que adquirieron mis poderantes por las compras citadas atrás, y que forman o integran la que es materia de esta demanda, cuyos linderos dejo determinados, tienen estas alinderaciones particulares: la de la señorita Virginia Ruiz C.: por el Norte, con propiedades que fueron de Mercedes Vargas de Urdaneta y Eduardo Urdaneta y de Belisario Peña, hoy de herederos de José María Sierra y de los señores Peñas; por el Oriente, con propiedad que es o fue de los mismos señores Urdanetas ya nombrados y con apartamento o casatienda que fue de Juan N. Rodríguez N. y es hoy de las señoritas Ana Dolores y Virginia Ruiz o Rodríguez; por el Sur, con propiedad de la señorita Virginia Ruiz C. y calle 23, y por el Occidente, en parte, con la misma propiedad de la señorita Virginia Ruiz C., y en parte con finca que fue o es de Milciades o de Aníbal González y propiedad de los Montalvos. Y la de las señoritas Ana Dolores y María Virginia Ruiz: por el Norte, con propiedad que fue de Mercedes Vargas de Urdaneta y Eduardo Urdaneta; por el Oriente, con finca de las mismas señoritas Ana Dolores y María Virginia Ruiz; por el Sur, con la calle 23, y por el Occidente, con propiedad de la señorita Virginia Ruiz C.

2° Que los demandados deben restituir y entregar a las actoras la finca arriba determinada, libre de hipoteca, censos y en general de todo gravamen, junto con los frutos naturales y civiles que la finca haya producido o podido producir desde el mes de junio de mil novecientos veintiuno, en que se apoderaron de ella. El valor de esos frutos se determinará en este juicio si fuere posible o en otro distinto.

3° Costas.

Los hechos fundamentales de la demanda son éstos:

1° Por haberla adquirido en virtud de la compra hecha al señor Juan N. Rodríguez N., según escritura número

756, de veinte de abril de mil novecientos tres, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá, y por no haberla enajenado aún, las señoritas Ana Dolores y María Virginia Ruiz son dueñas de una finca situada en el barrio de Las Nieves de esta ciudad, marcada antes con los números 10 y 12, de la calle 23, y hoy con los números 52 y 54 de la misma calle, deslindada así: por el Norte, Oriente y Occidente, con propiedades que fueron de Eduardo Urdaneta, y por el Sur, con la calle 23.

2ª La señorita Virginia Ruiz C., en virtud de la compra que hizo al señor Juan N. Rodríguez N., por medio de la escritura número 186, de diez y seis de febrero de mil novecientos diez y ocho, otorgada en la Notaría 3ª de este Circuito, y por no haberla enajenado aún, es, a su turno, dueña de la finca contigua a la anteriormente determinada, situada también en el barrio de Las Nieves, de Bogotá, marcada con el número 56 de la calle 23, y deslindada así: por el Norte, con solares o fincas de los señores Peñas y de José María Sierra, hoy de sus sucesores; por el Sur, con la calle 23; por el Occidente, con casa de Aníbal González y casa de los señores Montalvos, y por el Oriente, con finca de las señoritas Ana Dolores y María Virginia Ruiz.

3ª De fracciones o porciones de las dos fincas determinadas en los dos hechos precedentes, se formó la que es materia del juicio que con esta demanda inicio, la cual, como ya lo expresé atrás, está marcada con el número 54 de la calle 23, y tiene estos linderos: por el Norte, con propiedad que fue de Mercedes Vargas de Urdaneta y Eduardo Urdaneta y solar de Belisario Peña; por el Oriente, con propiedad que fue de los mismos Urdanetas nombrados y con apartamento o casatienda que fue de Juan N. Rodríguez N. y hoy es de las señoritas Ana Dolores y María Virginia Ruiz; por el Sur, con la calle 23, y por el Occidente, con casatienda de la señorita Virginia Ruiz C., construida esta última casatienda en lote que fue de Josefa González de Guzmán, que lindaba en una época con casa de Milciades González y con propiedad de los Montalvos. Las dos fracciones o porciones que integran la finca que acabo de determinar tienen estas alinderaciones particulares:

a) La tomada de la finca individualizada en el hecho 1º, de propiedad de las señoritas Ana Dolores y María Virginia Ruiz: por el Norte, con propiedad que fue de los señores Urdanetas; por el Oriente, con propiedad de las mismas señoritas Ana Dolores y María Virginia Ruiz; por el Sur, con la calle 23, y por el Occidente, con propiedad de la señorita Virginia Ruiz C.

b) Y la tomada de la finca relacionada en el hecho 2º, de propiedad de la señorita Virginia Ruiz C.: por el Norte, con propiedades que fueron de Mercedes Vargas de Urdaneta y de Belisario Peña, hoy de herederos de José María Sierra y de los señores Peñas; por el Oriente, con propiedad que es o fue de los mismos Urdanetas ya nombrados y con apartamento o casatienda que fue de Juan N. Rodríguez N., y hoy es de las señoritas Ana Dolores y María Virginia Ruiz; por el Sur, con propiedad de la señorita Virginia Ruiz C. y calle 23, y por el Occidente, en parte con propiedad de la misma señorita Ruiz C., y en parte con propiedad que es o fue de Milciades o de Aníbal González, y propiedad de los Montalvos.

4ª La finca formada por las dos porciones dichas, o sea la determinada en el hecho o punto anterior, y que es materia de este juicio, estuvo siempre en poder de mis mandantes, quienes la usaron y poseyeron como dueñas y señoras, habitándola, unas veces, arrendándola otras, y ejerciendo sobre ella actos de dominio, hasta el mes

de junio de mil novecientos veintiuno, en que los demandados se apoderaron de ella sin derecho alguno y contra la voluntad de mis dichas poderdantes.

5ª El día siete de mayo de mil novecientos diez y nueve, cuando se estaba practicando la diligencia de inventario y avalúo de los bienes de la sucesión del señor Juan N. Rodríguez N., los demandados, que eran partes en ese juicio como herederos del causante, por conducto de sus apoderados pretendieron inventariarla o incluirla, a pesar de que mis poderdantes mismas la ocupaban como dueñas, y al efecto, la denunciaron como de propiedad de la mortuoria; pero el doctor Santiago Ospina, apoderado de mis citadas poderdantes allí, se opuso a esto en nombre de ellas, y el Juez del conocimiento, que lo era el 2º de este Circuito, en vista de la oposición, y de haber encontrado a mis poderdantes ocupándola, resolvió dejarla en poder de ellas, e inventariarla en manos de terceros poseedores.

6ª A pesar de esto, la casa en cuestión fue incluida en la partición de los bienes de la sucesión del mencionado señor Juan N. Rodríguez N., y adjudicada, en común y proindiviso, por partes iguales, a los demandados, señores Juan Francisco Rodríguez y Eduardo Plata, pero con la advertencia expresa, hecha por el partidador, de que había sido inventariada en manos o en poder de mis mandantes, como poseedoras de ella.

7ª Y el Juez que conocía de ese juicio, en cumplimiento de claras disposiciones legales, dispuso en la sentencia aprobatoria de la partición, dictada en diez y nueve de abril de mil novecientos veintiuno, que se entregara a los partícipes o adjudicatarios la parte de bienes que les hubiera correspondido, "observando la salvedad hecha en las hijuelas respecto de los bienes que quedaron en manos de terceros."

8ª A pesar de esto, los demandados, apoyados probablemente en dicha adjudicación, que, desde luego, ningún derecho les daba ni podía darles sobre la casa, se apoderaron de ella, como ya lo dije atrás, en la forma que voy a expresar:

9ª El día primero de agosto de mil novecientos diez y nueve, mis poderdantes comisionaron al señor Alejandro Tamayo para que la arrendara, y al efecto, la consignaron en la oficina de arrendamientos y comisión que dicho señor tenía y tiene aún establecida en esta ciudad.

10. El comisionista Tamayo la arrendó y administró por cuenta de mis poderdantes, a quienes entregaba o pasaba el producto de los arrendamientos, previa deducción de su comisión; hasta el mes de junio de mil novecientos veintiuno, época en que, probablemente, de acuerdo con dicho comisionista, el inquilino o arrendatario de entonces, señor Jenaro Guerrero, la entregó a los demandados Francisco Rodríguez y Eduardo Plata, por conducto del apoderado de éstos, doctor Arturo Pardo Morales, con quien, en esta condición de apoderado de los demandados, el citado señor Guerrero—inquilino—se ha seguido entendiendo desde entonces.

11. Desde el mencionado mes de junio de mil novecientos veintiuno, los demandados tienen, pues, la predicha casa, y la usan y poseen como dueños de ella, sin serlo, y contra la voluntad de mis poderdantes, que son las verdaderas propietarias.

12. Los demandados son, pues, poseedores de mala fe.

13. La casa en cuestión, por su situación, construcción, capacidad y demás condiciones, no ha podido producir, en el tiempo en que los demandados la han tenido

en su poder, menos de cien pesos mensuales de arrendamiento.

Los demandados, aceptando la mayor parte de estos hechos, contradijeron, sin embargo, la demanda, y entablaron demanda de reconvención, la cual fue desechada por extemporánea.

El Juez absolvió a los demandados.

Por apelación de las actoras, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de fecha veintiocho de julio de mil novecientos veintiocho, revocó la de primer grado, y decidió el pleito así:

"1° Declárase que pertenece en dominio y propiedad a Virginia Ruiz C., a Ana Dolores Ruiz o Rodríguez y a María Virginia Ruiz o Rodríguez, la casa alta y baja, situada en el barrio de Las Nieves de esta ciudad, y marcada con el número cincuenta y cuatro (54) de la calle veintitrés (23), junto con el suelo en que está edificada y sus solares y patios, casa formada por fracciones de la casa que Virginia Ruiz C. compró a Juan N. Rodríguez N. por escritura pública número 166, de fecha diez y seis de febrero de mil novecientos diez y ocho, de la Notaría 3ª de Bogotá y de las que Ana Dolores o María Virginia Ruiz o Rodríguez adquirieron por compra hecha al mismo Juan N. Rodríguez N., por escritura número 756, de veinte de abril de mil novecientos tres, otorgada ante el Notario 5º de este Circuito, y deslindada así: por el Norte, con propiedad que fue de Mercedes Vargas de Urdaneta y Eduardo Urdaneta, hoy de José María Sierra y señores Peñas; por el Oriente, con propiedad que fue de los mismos Urdanetas, hoy de los herederos de José María Sierra y apartamento o casatien-da número cincuenta y dos, de propiedad de Ana Dolores Ruiz y María Virginia Ruiz; por el Occidente, con casa o apartamento número cincuenta y seis, de propiedad de Virginia Ruiz C. y propiedad de los señores González y Montalvos; por el Sur, con la calle veintitrés y apartamento número cincuenta y seis, de propiedad de Virginia Ruiz C.

"2° Condénase a los demandados señores Juan Francisco Rodríguez y Eduardo Plata o Rodríguez, a restituir o entregar a las demandantes Virginia Ruiz C., Ana Dolores Ruiz o Rodríguez y María Virginia Ruiz o Rodríguez, seis días después de la notificación del auto que mande obedecer y cumplir esta sentencia, y que debe dictar el Juzgado a quo, la casa a que se refiere el punto anterior, libre de hipotecas, censos y en general de todo gravamen, y junto con todos los frutos naturales y civiles que hubiere producido la citada casa desde la fecha de la contestación de la demanda hasta cuando la entrega se verifique, con derecho a que les sean abonadas las expensas necesarias invertidas en su conservación.

"3° Condénase a los demandados en las costas de la primera instancia."

Ambas partes interpusieron casación.

Cómo el recurso de los demandados acusa todo el fallo, a tiempo que el de los demandantes se dirige apenas contra la decisión relativa a pago de frutos, el orden lógico requiere que se considere en primer término el recurso total, entablado separadamente por cada uno de los dos demandados.

Demanda de Eduardo Plata o Rodríguez

Es admisible, y se basa en la primera causal de casación.

Primer motivo. Se descompone en estos cargos:

a) Violación de los artículos 946 y 950 del Código Civil. El primero define la reivindicación. El segundo designa a quién corresponde ejercitar esta acción.

Para que esta acción prospere, arguye el recurrente, deben aparecer en los autos los comprobantes auténticos, levantados en forma legal, que acrediten ese pleno derecho. La violación de aquellos dos preceptos ha sido directa, porque el Tribunal les dio aplicación sin que los demandantes hubieran comprobado plenamente sus derechos de dueños, y lo que es más, sin que se hubiera establecido la identidad entre la casa que reclaman y la poseída por los demandados, requisito esencial en la reivindicación.

Se responde:

No es exacto que la parte actora hubiera omitido aducir títulos de propiedad y otros documentos para respaldar la acción reivindicatoria, los cuales se refieren tanto al dominio como a la singularización de la finca reivindicable. No es exacto tampoco que el Tribunal haya prescindido de considerarlos; por el contrario, la mayor parte de la sentencia, en estudio muy detenido, se ocupa de las escrituras números 181, 2220, 1025, 156, 166, y una inspección ocular practicada por el Tribunal sentenciador sobre la finca reclamada. La sentencia concluye así:

"En presencia de las escrituras 156 y 166, citadas en primer término, ha de concluirse que las demandantes son dueñas exclusivas de las casas números 52, 54 y 56 de la calle 23 de esta ciudad," y explica porqué la casa número 54 obtuvo luego delimitación especial.

Y cuanto a la singularización del bien reclamado, se expresa así, después de apreciar la diligencia de inspección ocular citada y otros instrumentos públicos:

"De todo lo expuesto se deduce claramente que la casa en cuestión pertenece en dominio y propiedad a las demandantes, en la forma y por los linderos indicados en la demanda."

Ahora, si en opinión del recurrente, los juicios del Tribunal, relativos al dominio e identidad de la cosa, son desacertados, la acusación debía ser por error de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas respectivas, pero no por violación directa de las disposiciones legales que invoca el recurrente.

Las acusaciones subsiguientes del recurrente, por violación de los artículos 1857 del Código Civil, 539, 542 y 543 del Código Judicial, adolecen del mismo defecto apuntado respecto del primer cargo. El mismo recurrente halla que los cargos así formulados requieren acusación antecedente sobre error en la apreciación de pruebas; anuncia que los demostrará más luego, y al efecto aduce un

Segundo motivo. El Tribunal sentenciador incurrió en error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, al apreciar las siguientes pruebas:

a) Las escrituras públicas llevadas a los autos por el actor.

b) Los certificados del Registrador de instrumentos públicos de Bogotá.

c) Dos certificaciones expedidas por el Secretario del Concejo Municipal de Bogotá.

d) El acta de inspección ocular que se llevó a cabo por el Tribunal en virtud de un auto para mejor proveer, cuyo objeto patente fue el de producir una prueba que ha debido crear el actor; y

e) El dictamen rendido por los peritos en esa diligencia.

Además, dejó de apreciar debidamente las dos declaraciones presentadas por los demandados al contestar la demanda.

Las escrituras que señala el parágrafo a), son éstas, designadas únicamente por sus números para la brevedad, y porque están ya especificadas por sus fechas y Notaría en la sentencia y la demanda de casación, sin lugar a confusión con otras:

La marcada con el número 756; consta en ella que Juan N. Rodríguez N. vende a Ana Dolores y María Virginia Ruiz, dos casas que están construidas en terreno continuo, ubicadas en la calle 23, barrio de Las Nieves de Bogotá, y señaladas entonces con los números 10 y 12, y alinderadas en común así: por el Norte, Oriente y Occidente, con propiedades de Eduardo Urdaneta, y por el Sur, con la calle 23.

La escritura número 166, en la cual el mismo Rodríguez vendió a Virginia Ruiz C. la casa señalada con el número 56 de la calle 23, de Bogotá, y demarcada así: Norte, con solares de los señores Peñas y José María Sierra; Sur, con la calle 23; Occidente, casa de Aníbal González y de los Montalvos; Oriente, casa de Ana Dolores y María Virginia Ruiz.

Para confutar por error evidente de hecho en la apreciación de estos dos instrumentos, el recurrente argumenta así:

"De estas dos escrituras aparecen establecidos dos hechos diferentes: que las casas marcadas con los números 10 y 12 están edificadas en terreno continuo y son de las citadas Ruiz, a quienes pertenecen en común; que la casa número 56 pertenece a Virginia Ruiz, exclusivamente. Ninguna mutación se ha comprobado con relación a este estado jurídico de los demandantes; los títulos no se han modificado."

Con estas escrituras se respalda, según el libelo de demanda, la reivindicación "de una finca de que son propietarias las demandantes, compuesta de la casa alta y baja, con el suelo en que está edificada, y sus patios y solares, situada en esta ciudad de Bogotá, en el barrio de Las Nieves, marcada en su puerta de entrada con el número 54 de la calle 23, finca que está (subraya el recurrente) formada de fracciones, de la que la primera de las demandantes, Virginia Ruiz, adquirió por compra que hizo a Juan N. Rodríguez N. (escritura número 166), y de que las dos últimas demandantes, Ana Dolores y María Virginia Ruiz, compraron al mismo Rodríguez (escritura número 756). A la finca reclamada fijan los demandantes estos linderos: Norte, con propiedad que fue de Mercedes Vargas de Urdaneta y Eduardo Urdaneta y solar de Belisario Peña; Oriente, con propiedad que fue de los mismos Urdanetas y con apartamento o casatienda que fue de Juan N. Rodríguez, hoy de Ana Dolores y María Virginia Ruiz; Sur, con calle 23; Occidente, con casatienda de Virginia Ruiz, construida en lote que fue de Josefa González de Guzmán, que lindaba en una época con casa de Milcíades González y propiedad de los Montalvos."

Y de la comparación de las dos escrituras antedichas, que sirven de título a la reivindicación, con la demanda misma en que está determinada la finca que se reivindica, el recurrente formula su cargo en estos términos: si dichas escrituras comprueban que dos de las demandantes son dueñas en común de la casa 10 y 12, y que la 56 es de propiedad exclusiva de la otra demandante, María Virginia, y si no existe prueba alguna de que tales propiedades se hubieran transfundido en todo o en parte, tales escrituras no pueden acreditar el dominio de

la finca que se reivindica, la cual se determina en la demanda con linderos propios, muy diferentes de los que demarcan las fincas de que tratan aquellas escrituras; y al aceptarlas el Tribunal como título de reivindicación, incurrió en error de hecho y de derecho.

Tal es, en resumen, el cargo de casación, prescindiendo de otras argumentaciones propias de instancia.

Se considera:

El litigio, atendida la contestación de la demanda, quedó planteado sobre este punto principal y esencialísimo: negaron los demandados que la casa alta y baja que se reivindica se hubiera formado de fracciones tomadas de las dos casas que Ana Dolores y María Virginia Ruiz compraron a Juan N. Rodríguez el veinte de abril de mil novecientos tres (escritura número 756), y de una casa que Virginia Ruiz compró a Juan N. Rodríguez el diez y seis de febrero de mil novecientos diez y ocho, escritura número 166). Advierte la escritura que esta finca, tal como se vende, fue creada por la refacción que el vendedor hizo de una casatienda, convirtiéndolas en casa, que es la vendida. Y en apoyo de su negativa, los demandados afirman que la casa que se reivindica "es perfectamente distinta de las fincas que dicen las demandantes haber comprado a Juan N. Rodríguez, la cual edificó el mismo Rodríguez para sí, a fines de mil novecientos diez y principios de mil novecientos once, a sus expensas, esto es, siete años después de que había enajenado a las Ruiz las fincas de que tratan las escrituras 756 y 166."

Para que estos dos instrumentos pudiesen servir de título a la reivindicación, preciso era que el Tribunal, reconocido el dominio particular de las tres fincas sobre que versan esas escrituras, inquirese y hallara comprobado el hecho de que los respectivos dueños, de mutuo consentimiento, habían formado una finca nueva, allegando ciertas porciones de sus respectivas propiedades, y constituido en ella una comunidad. Este es el estudio que emprendió el Tribunal en la parte motiva de su sentencia, y que dio origen a que decretase la reivindicación.

Al efecto, la sentencia plantea así la cuestión:

"Como en la venta de que trata la escritura número 756 se comprendió bajo unos mismos linderos las casas números 10 y 12, que corresponden hoy a los números 52 y 54, respectivamente, y en la demanda se da a la última una alinderación independiente, se pregunta: ¿la casa número 54, determinada en la demanda, es la misma objeto de la venta de que habla la escritura número 756, o ella, por voluntad y disposición de sus dueños, está formada como se expresa en dicha demanda, es decir, con fracciones de las tres casas?"

El Tribunal llega a la última conclusión tras largo análisis y correlación de las dos escrituras antedichas, —756, 166— y de las escrituras números 181, 2220 y 1025, por medio de las cuales Juan N. Rodríguez adquirió de diversos dueños ciertos lotes de terreno, y fundado en la diligencia de inspección ocular practicada por él mismo el dos de marzo de mil novecientos veintiocho. De suerte, pues, que la sentencia toma como título de dominio para la reivindicación, uno que puede llamarse complejo, y que consta de estos elementos: las dos escrituras números 756 y 166; el acto de disposición de los dueños de las fincas, de que tratan estos instrumentos, para desmembrar sus respectivas propiedades de ciertas porciones y allegarlas entre sí para formar la casa número 54 —dice la sentencia— y ensancharla con fracciones de las

casas números 52 y 56, y formar una nueva finca con alindación independiente, que es la casa que se reivindica.

De esta narración resulta que el Tribunal, basado en los cinco instrumentos públicos que se dejan mencionados, y en la inspección ocular, halló comprobado que las tres propiedades de que tratan las escrituras 756 y 166, habían sufrido modificación de hecho para constituir una finca renovada en extensión. La acusación del recurrente ha debido dirigirse contra la apreciación conjunta del Tribunal de las cinco escrituras y de la inspección ocular, de donde dedujo la conclusión que se dejó expresada. El cargo es infundado.

Los cargos b) y c); que se refieren a la apreciación de los certificados expedidos por el Registrador de instrumentos públicos de Bogotá, son también ineficaces, porque como estos documentos forman parte de las respectivas escrituras, las mismas razones que se dejan expuestas respecto de estas, son extensivas necesariamente a aquellos documentos.

Más importante es el cargo d), que se refiere a la estimación que hizo el Tribunal de la prueba de inspección ocular arriba mencionada, porque es una de las principales en que se fundó el Tribunal. Acusa el recurrente la sentencia por error de hecho evidente al apreciar el acta de esa inspección; pero la argumentación que sostiene el cargo es un mero alegato de instancia, que pudo hacerse bien en el traslado que se corrió del dictamen pericial, bien en los alegatos que antecederían al fallo. Para que el error evidente de hecho en la apreciación de una prueba pueda prosperar en casación, no basta que sean más o menos probables las tesis que en contrario sostenga el recurrente, sino que es necesario que esa prueba esté contradicha por otra u otras del proceso, o que de ella misma surja, de modo incontestable, el error del Tribunal, o que el concepto de éste vaya contra una verdad evidente de por sí.

Pero importa, sin embargo, estudiar más a fondo este cargo. La diligencia de inspección ocular practicada el dos de marzo de mil novecientos veintiocho, la apreció el Tribunal; no como prueba que abarcase la cuestión integral de que la casa reivindicada estuviese formada de porciones pertenecientes a las fincas de las demandantes, sino como comprobantes de alguno de los elementos que, con otros diversos, constituyen la prueba compleja en que se basó el Tribunal para dictar su fallo.

Esos puntos, respecto de los cuales se valió la sentencia, son éstos:

"Que la casa objeto de la reivindicación se halla alindada como se expresa en la demanda; que las casas números 52 y 56, que antes eran verdaderas casas, se habían convertido en meros apartamentos; hecho este —dice la sentencia— que concurre a demostrar y a robustecer el concepto de que la casa número 54 se ensanchó y amplió con fracciones de las otras dos, porque de lo contrario las tres fincas serían verdaderas casas, y no una casa y dos apartamentos; que el terreno en que se hallan las edificaciones es continuo, y entre ellas no se interpone ninguna otra finca"; y comenta la sentencia: "como Rodríguez era dueño de las tres casas, y en la venta que hizo a las señoritas Ruiz no se reservó parte alguna de ellas, la conclusión se presenta cada vez más clara."

El recurrente omitió abordar estos puntos, que eran los pertinentes a la cuestión, para darse reparos respecto de la inspección ocular.

Tercer motivo. Error de derecho en la apreciación de las pruebas que se estudiaron en el cargo anterior.

Como esta acusación la deriva el recurrente del error de hecho que acusó, no habiendo resultado este cargo eficaz, cae por su base su consecuente.

En el mismo caso se halla el motivo cuarto, porque se deriva también de otro relativo al error de hecho, que ha sido ineficaz.

Quinto motivo. Violación del artículo 752 del Código Civil, que define la posesión, y de los artículos 764, 765 y 768 ibidem, que definen, respectivamente, la posesión regular, el justo título y la buena fe.

Razona el recurrente así:

"El Tribunal encontró, y así lo declaró en su fallo, que los demandados eran poseedores regulares y de buena fe, y, sin embargo, decretó la reivindicación, violando así los antedichos artículos. El título de los demandados es justo, y mientras no se probara lo contrario, los demandados debieron ser mantenidos en el dominio de la casa.

Se responde:

Un demandado en reivindicación bien puede suceder que tenga un título justo y posesión regular, y ser vencido, sin embargo, en un juicio de dominio, porque el reivindicador opuso a ese título otro que prevalecía. El justo título del demandado y su posesión de buena fe sirven entonces para favorecerlo en las prestaciones que debe hacer a su vencedor. En este sentido está el fallo del Tribunal.

El cargo es infundado.

Los motivos sexto, séptimo y octavo no son sino corolarios de los anteriores, de suerte que, destruidos los antecedentes, desaparecen sus consecuentes.

Récurso de Juan Francisco Rodríguez.

El recurso de casación es admisible; se basa en la primera causal.

Primer motivo. Los cargos a), b), c) y d) no son sino reproducción de otros iguales que adujo el apoderado de Eduardo Rodríguez o Plata.

El cargo e) es nuevo: violación de los artículos 62 del Código Civil y 53 de la Ley 153 de 1887. Consiste en acusar el error del Tribunal al aceptar como prueba de dominio de dos de las demandantes, Ana Doñores y María Virginia Ruiz, la escritura número 756, en que consta el contrato de compraventa con Juan N. Rodríguez, de las dos casas números 10 y 12; numeración antigua. Cuando se verificó la venta eran menores de edad las compradoras, y tomó su representación para celebrar el contrato y firmar la escritura Virginia Ruiz Cantero, su madre natural. Esta señora, argumenta el recurrente, no tenía la representación legal de sus hijas, porque dada la condición de madre natural de ellas no tenía la patria potestad.

Se contesta:

En el supuesto de que la señora Virginia Ruiz Cantero no hubiera tenido la representación legal de sus hijas cuando la aludida escritura se otorgó, ocurriría el caso de que ella había contraído estipulaciones contractuales de compraventa en nombre de terceros a quienes no representaba; el contrato recibió posteriormente la ratificación de las hijas con actos de ejecución, que presuponen un título derivado de la convención celebrada por medio de la escritura número 166. Esta ratificación tácita, comprobada en autos, dio perfección al contrato

con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1506 del Código Civil.

El cargo no es eficaz.

f) De modo más concreto que su codemandado, el recurrente ataca el título de las actoras, sosteniendo que la casa alta y baja, número 54, está edificada en parte de tres lotes de terreno que compró Juan N. Rodríguez a Mercedes Vargas de Urdaneta y Eduardo Urdaneta en mil novecientos diez, al paso que la venta de las dos casas que aquel mismo hizo a Ana Dolores y María Virginia Ruiz, fue hecha en mil novecientos tres; de donde deduce el recurrente que las dos casas de las dos menores y la casa número 54 que edificó Rodríguez en el lote comprado en mil novecientos diez, son distintas, porque tienen origen diverso de adquisición, y que al identificarlas el Tribunal, cometió error evidente.

Se responde:

Revela este cargo que el recurrente no se ha penetrado de la sentencia del Tribunal. Para llegar éste a la conclusión de que la casa número 56 es una de las componentes de la casa alta y baja número 54 que se reivindica, no se refiere, ni podía referirse, a la adquisición que Ana Dolores y María Virginia hicieron en mil novecientos tres; ni menos niega que Juan N. Rodríguez adquiriera los lotes de terreno en mil novecientos diez; lo que sostiene es que estas últimas propiedades fueron vendidas a Virginia Ruiz en febrero de mil novecientos diez y ocho, por la escritura número 166, esto es, ocho años después de la compra hecha por Rodríguez en mil novecientos diez; que en la venta a Virginia quedó comprendido todo el terreno comprado por éste, con el agregado de una casa que sobre unas casatiendas que existían allí, el mismo Rodríguez construyó por medio de transformaciones. Y para concluir el Tribunal que estas fincas entraron a formar parte posteriormente de la casa número 56, aparte de valerse de la escritura número 166, se basa en el dictamen de los peritos que intervinieron en la inspección ocular practicada en segunda instancia, cuyos conceptos son perentorios al respecto.

El cargo es completamente infundado.

El cargo g), relacionado íntimamente con el anterior, queda, por lo mismo, contestado.

Cargo h). Violación de los artículos 650 y 644 de la Ley 103 de 1923, por no haberlos tenido en cuenta el Tribunal al dictar el fallo. Cuando se inició el presente juicio, argumenta el recurrente, regía esta Ley, y su artículo 650 disponía que "cuando en un juicio se presenten informaciones como pruebas, éstas deben surtir sus efectos si la parte contraria no exige la ratificación de los testigos dentro de los seis días siguientes al de la presentación de la prueba." Haciendo uso de este derecho, los demandados, al contestar la demanda, presentaron las declaraciones de Antonio Prieto y Juan Benavides, con las cuales se prueba que a fines de mil novecientos diez y principios de mil novecientos once, Juan N. Rodríguez construyó, de propia cuenta, la casa alta y baja número 54, situada en la calle 23 de Bogotá; y que desde que se construyó vivió en ella Rodríguez hasta que murió. Esta prueba demuestra que esta casa es diferente de la que fue vendida a Virginia Ruiz, y que jamás la poseyeron las demandantes.

Se responde:

Los testimonios que se invocan por el recurrente, aunque probasen que Juan N. Rodríguez construyó la casa número 54 y vivió en ella, esto es, que fue su dueño des-

de mil novecientos diez en adelante, no alcanzan a invalidar las pruebas que resultan de las escrituras con que las actoras aparejaron su demanda, las cuales, no de por sí, sino que correlacionadas con otras circunstancias indiciales, sirvieron de elementos probatorios, para que en la inspección ocular los peritos y el juzgador, **proprio visu**, llegasen a conclusiones diversas de la que se pretende establecer en los referidos testimonios. La inspección ocular prevalecía en este caso sobre la prueba testimonial que nada demuestra en contrario de aquellas conclusiones.

Recurso de las demandantes.

Es admisible. Tiene por base la primera causal.

Primer cargo. Violación por mala interpretación de los artículos 764 y 765 del Código Civil. La primera de estas disposiciones define la posesión regular. La segunda, determina cuál es el justo título.

Se dirige el cargo contra la declaración que hace la sentencia, de que los demandados en la presente reivindicación son poseedores de buena fe, porque su posesión de la finca procede de justo título y en que la buena fe se presume. No objeta el recurrente la calidad de justo título con que los demandados entraron en posesión de la finca, cual es el acto legal de partición de la herencia de Juan N. Rodríguez, por el cual les fue adjudicada la casa que ha sido objeto del presente juicio; pero contradicen la buena fe con que la hayan poseído después de la adjudicación. Copiando el siguiente pasaje de la sentencia, lo toma como base de su acusación:

"En la fecha de los inventarios la expresada casa se halló en poder de las señoritas Virginia Ruiz, Ana Dolores Ruiz y María Virginia Ruiz, y su apoderado se opuso a que se incluyera en los inventarios, motivo por el cual el Juez la inventarió en poder de terceros poseedores. Las demandantes tenían que ser respetadas en esa posesión, mientras los demandados no probaran que la casa era de propiedad del causante, mediante un juicio contradictorio, porque de otra manera su derecho sería nugatorio. Sin embargo, los adjudicatarios no lo creyeron así, y tan pronto como se les expidió su hijuela acudieron al procedimiento de que dan cuenta las declaraciones de Eduardo de J. Bernal, Isidro Barreto y Jenaro Guerrero, y **despojaron** de su posesión a las demandantes."

¿Cómo, argumenta el recurrente, después de estampar estos conceptos, rigurosamente ciertos, ha podido el sentenciador declarar poseedores de buena fe a los demandados? ¿Dónde puede descubrirse, después de leerlos, la conciencia de haber adquirido la casa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio?

Se considera:

Es evidente, según aparece de la diligencia de inventarios de la sucesión de Juan N. Rodríguez N., de fecha siete de mayo de mil novecientos diez y nueve, que a tiempo de inventariar la mencionada casa número 54, las demandantes, por medio de su apoderado, se opusieron a que se incluyera en los inventarios; los interesados denunciaron se opusieron a esta pretensión, y el Juez decidió que se incluyera como bien en poder de terceros.

Es cierto también que en las hijuelas expedidas a los demandados quedó incluida la narración del anterior incidente, por mandanto del Juez en la sentencia aprobatoria de la partición, que dice:

"3° Entréguese a cada uno de los partícipes la parte de bienes que les haya correspondido, observando la salvedad hecha en las hijuelas, respecto de los bienes que quedaron en manos de terceros."

En estas condiciones, la entrega del bien a los adjudicatarios no podía hacerse sino en la forma descrita por el artículo 253 de la Ley 105 de 1890, a saber: por el Juez, y mediante la comprobación sumaria de que pertenece a la herencia y oído el tenedor de él. Si éste se denegara a entregarlo, alegando razón legal suficiente, no se renovará la orden de entrega mientras no se decida el punto judicialmente.

Basta lo dicho para demostrar que la tenencia de la casa obtenida por los demandados por disposición del agente de arrendamientos a quien estaba consignada por las demandantes, en cuyo poder la había dejado el Juez, no podía constituir entrega legal que, a pesar de un título justo, les confiriese la calidad de poseedores de buena fe. Y se afirma porque en la hijuela, su título propio, estaba expresado claramente que la entrega debía hacerse observando las formalidades que la ley requiere respecto de los bienes que se inventarian dejándolos en poder de terceros.

El cargo es fundado, y da lugar a la casación parcial de la sentencia.

Para sentar la base del fallo parcial de instancia, se considera: el proceso no contiene los comprobantes suficientes para determinar en esta sentencia el valor de los frutos que deben pagar los demandados como efecto de la reivindicación; preciso se hace condenar a éstos al pago de ellos en cantidad indeterminada, y ordenar con arreglo a lo dispuesto en el artículo 874 del Código Judicial, que en juicio ulterior se fije el monto del valor de esos frutos. Para el efecto de esta liquidación habrá de tenerse en cuenta la fecha precisa en que los demandados tomaron la tenencia de la finca cuando se hallaba en poder de las actoras; el canon de arrendamiento u otra renta que produjera desde entonces y hubieran percibido los mismos tenedores, a quienes se abonarán las sumas que hayan invertido en las reparaciones necesarias y en pago de impuestos u otros gastos de calidad urgente.

Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide:

1° Se casa en parte la sentencia dictada en este juicio, el veintiocho de julio de mil novecientos veintiocho, por el Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto en el punto 2° de la parte resolutive ordena que los demandados deben entregar a los demandantes "los frutos naturales y civiles que hubiere producido la citada casa desde la fecha de la contestación de la demanda."

2° En su lugar decide: condénase a los demandados Juan Francisco Rodríguez y Eduardo Plata o Rodríguez, a indemnizar a las demandantes Virginia Ruiz C., Ana Dolores Ruiz o Rodríguez y a María Virginia Ruiz o Rodríguez, el valor de los frutos naturales y civiles de la casa número cincuenta y cuatro (54) de la calle veintitrés (23) de esta ciudad, desde la fecha precisa en que los demandados tomaron la tenencia de ella, cuando se hallaba en poder de las actoras, hasta el día en que se verifique la entrega, conforme se ordena en la sentencia de veintiocho (28) de julio de mil novecientos veintiocho (1928), de que se ha hecho mérito.

3° El monto del valor de los expresados frutos se fijará en juicio separado. Para los efectos de esta liquidación, se tendrán como base de ella, principalmente, la

fecha precisa en que los demandados tomaron la tenencia de la finca cuando se hallaba en poder de las actoras, el canon de arrendamiento u otra renta que produjera desde entonces y hubieran percibido los mismos tenedores, a quienes se abonarán las sumas que hayan invertido en las reparaciones necesarias y en pago de impuestos u otros gastos de calidad urgente.

4° No hay mérito para casar, en cuanto a lo demás, la sentencia en cuestión, la cual queda vigente en las siguientes partes:

"1° Declárase que pertenece en dominio y propiedad a Virginia Ruiz C., Ana Dolores Ruiz o Rodríguez y a María Virginia Ruiz o Rodríguez, la casa alta y baja, situada en el barrio de Las Nieves de esta ciudad, y marcada con el número cincuenta y cuatro (54) de la calle veintitrés (23), junto con el suelo en que está edificada y sus solares y patios, casa formada por fracciones de la casa que Virginia Ruiz C. compró a Juan N. Rodríguez N. por escritura pública número 166, de fecha diez y seis de febrero de mil novecientos diez y ocho, de la Notaría 3° de Bogotá, y de las que Ana Dolores y María Virginia Ruiz o Rodríguez adquirieron por compra hecha al mismo Juan N. Rodríguez N., por escritura número 756, de veinte de abril de mil novecientos tres, otorgada ante el Notario 5° de este Circuito, y deslindada así:

'Por el Norte, con propiedad que fue de Mercedes Vargas de Urdaneta y Eduardo Urdaneta, hoy de José María Sierra y señores Peñas; por el Oriente, con propiedad que fue de los mismos Urdanetas, hoy de los herederos de José María Sierra, y apartamento o casatienda número cincuenta y dos, de propiedad de Ana Dolores Ruiz y María Virginia Ruiz; por el Occidente, con la casa o apartamento número cincuenta y seis, de propiedad de Virginia Ruiz C. y propiedad de los señores González y Montalvos, y por el Sur, con la calle veintitrés y apartamento número cincuenta y seis, de propiedad de Virginia Ruiz C.'

"2° Condénase a los demandados señores Juan Francisco Rodríguez y Eduardo Plata o Rodríguez a restituir o entregar a las demandantes Virginia Ruiz C., Ana Dolores Ruiz o Rodríguez y María Virginia Ruiz o Rodríguez, seis días después de la notificación del auto que mande obedecer y cumplir esta sentencia y que debe dictar el Juez a quo, la casa a que se refiere el punto anterior, libre de hipotecas, censos y en general de todo gravamen.

"3° Condénase a los demandados en las costas de la primera instancia"; y

5° Sin costas en este recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JUAN N. MENDEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio veintitrés de mil novecientos treinta y uno.

El apoderado de Eduardo Rodríguez o Plata, una de las partes en este recurso, manifiesta que, con relación a la sentencia dictada por esta Superioridad, con que culminó el recurso de casación intentado en el juicio sobre reivindicación a que alude el peticionario, inicia el recurso de nulidad de la misma sentencia, o aquel que la honorable Sala encuentre adecuado en su sabiduría para

corregir o reparar el error en que incurrió al proferir el fallo."

En la segunda parte de su memorial el peticionario se da al empeño de confutar los fundamentos que tuvo la Sala para casar la sentencia del Tribunal en lo relativo a la condenación de frutos.

Nada pide en concreto el apoderado respecto de lo cual pudiera proveer la Sala, quien, por otra parte, si queda enterada de la intención que aquél abriga de iniciar el recurso de nulidad de la dicha sentencia, lo cual hará, sin duda, amoldándose a las normas de procedimiento judicial, una de las cuales es la que determina la jurisdicción que ha de conocer de los recursos de nulidad contra las sentencias dictadas por la Corte Suprema.

Cuanto a la otra manifestación que hace, de que aparte de la nulidad "inicia alternativamente aquel recurso que la honorable Sala encuentre adecuado en su sabiduría para corregir o reparar el error en que ha incurrido," esta Superioridad rechaza la insinuación del peticionario, porque no le es dado hacer tal hallazgo ni aconsejarlo al peticionario.

Ha impulsado, sin duda, al distinguido abogado, a elevar el memorial susodicho, el propósito de llamar la atención de la Sala a ciertos errores, patentes en su concepto, que han empañado en esta ocasión la limpidez que deben tener los fallos de la Corte Suprema. El propósito es bueno, y ha movido a la Sala a recapacitar sobre las observaciones críticas del apoderado.

No halla la Sala que haya incurrido en los toscos errores de omisión que el peticionario le atribuye. Es cierto que una causal fue aducida por el recurrente basada en razón de incongruencia de la sentencia del Tribunal, o sea, como lo explica el recurrente, que el fallo no guarda congruencia con las pretensiones deducidas en la demanda; causal que explicó y determinó así:

"Según el texto de la demanda, los actores piden que se condene a los demandados a entregarles una casa que está formada de fracciones de otras dos casas, y la sentencia condena a entregar una casa sobre la cual no se ha probado que sea idéntica a la que se reivindica, es decir, que sea la misma."

Basta la enunciación de este motivo y el fundamento que se le asigna, para caer en la cuenta de que no se trata de segunda sino de primera causal.

La cuestión de identidad fue larga y empeñadamente debatida en el juicio, y objeto de numerosas y variadas pruebas, y respecto de la cual, según los propios términos de la demanda de casación del recurrente, "no se ha probado que sea idéntica la casa que se condena a entregar a la que se reivindica." Jamás puede tener esta alegación el carácter de segunda causal.

Es ahora, en el memorial de agravios dirigido a la Sala, cuando tal calificación y nombre le viene a la mente. Sirvele de asidero el introito que puso al VII motivo de su demanda de casación:

"La sentencia acusada no guarda consonancia con las pretensiones de los actores."

Ese motivo lo desarrolló entonces, en difuso alegato, apoyándose en el argumento de que el Tribunal había incidido en error en la apreciación de las pruebas referentes a la identidad de la cosa reivindicable y la poseída.

Y que por tal enunciado solamente que hizo de aquel motivo, pretenda el peticionario haber invocado una segunda causal olvidada por la Corte, es cargo que ex-

traña en boca de un abogado tal como el peticionario, quien, aparte de la reconocida seriedad en sus juicios, debe ser, por su categoría, buen conocedor de la constante doctrina de la Corte sobre el punto que ha traído su celo. La Corte ha venido declarando desde 1896, y en repetidas decisiones, que "el fallo del Tribunal por el cual se niega la existencia del derecho alegado por las partes, no puede tacharse de incongruente con las pretensiones de éstas. Si el fallo es ilegal, porque desconoce sin razón el derecho invocado en la demanda, eso no quiere decir que caiga bajo la sanción del inciso 2º del artículo 2º de la Ley 169 de 1896."

Por lo expuesto, la Sala declara que no hay lugar a dictar decisión alguna con relación al memorial que se deja mencionado.

Hágase saber al interesado y publíquese en la Gaceta Judicial.

JUAN N. MENDEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio dos de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

Según las declaraciones hechas en la escritura número ochenta y uno, otorgada en la Notaría de San Andrés y Providencia, el diez de junio de mil novecientos diez, por Catherine Davis de Brock y Olimpia Brock, las mismas que ahora figuran como partes en esta litis; Gerald Brock cultivó unos terrenos de propiedad de Olimpia Brock, con el consentimiento de ésta. De las otras pruebas que obran en el expediente resulta, además, que Gerald Brock arrendó el terreno cultivado a Henry J. Bradley por el término de cinco años. Antes de que expirara dicho término murió el arrendador, y a la vez surgieron algunas diferencias entre la viuda de éste, Catherine Davis de Brock y Olimpia Brock, sobre la propiedad.

Para zanjar estas diferencias se otorgó la escritura número ochenta y uno arriba citada, en la cual David L. May, como apoderado general de Olimpia Brock, y Catherine Davis de Brock, en su propio nombre y como representante legal de sus menores hijos Jane C. Hamilton, Dillian U., Jonita M., Kiziah U. y Cinderella Brock, dijeron:

"Que en virtud de haber cultivado el señor Gerald Brock, difunto esposo legítimo que lo fue de la señora Catherine Davis de Brock, y padre de los menores arriba mencionados, con consentimiento de su dueña, unos terrenos de la propiedad de la señora Olimpia Brock, situados en este Distrito, en el lugar llamado **Booby Rock**; y en virtud de que dichos terrenos se hallan actualmente arrendados al señor Henry J. Bradley, han celebrado el siguiente contrato:

"Primero. La señora Olimpia Brock se compromete a entregar a la señora Catherine Davis de Brock, para que sea dividido entre ella y sus menores hijos expresados, la mitad de las porciones de terreno cultivado por el difunto Gerald Brock, comprometiéndose, igualmente, a otorgarle la respectiva escritura pública, o sea el título traslativo de dominio, tan pronto como se practique la mensura de los terrenos cultivados por el predicho difunto Brock, los cuales se encuentran encerrados dentro de los siguientes linderos: por el Norte, linda

con terrenos de Andrew Myles, Philipina Anthony, Jephtha Mitchell, Francis A. Bent y Eliphas Forbes; por el Sur, linda con terrenos de Joshua Pomare; por el Este, linda con el arroyo llamado Coplin, y por el Oeste, linda con el mar.

"Segundo. La señora Catherine D. de Brock se compromete, como consecuencia de lo estipulado en la anterior cláusula, a renunciar todo reclamo que ella y sus menores hijos, como herederos de Gerald Brock pudieran tener contra Olimpia Brock sobre los terrenos en referencia.

"Tercero. Ambas partes convienen en respetar el arriendo que actualmente tiene sobre los predichos terrenos el señor Henry J. Bradley."

En cumplimiento de esa convención, Olimpia Brock entregó a Catherine de Brock algunos lotes del terreno cultivado por el marido de ésta; pero la expresada viuda no quedó satisfecha, pues exigía se le entregara no la mitad de lo cultivado por su marido, sino la mitad de todo el terreno Booby Rock; y al efecto, ante el Juez del Circuito de San Andrés y Providencia, promovió juicio ordinario para que, por sentencia definitiva, se declare, entre otras cosas, lo siguiente:

"Primero. Que Olimpia Brock (a) Thompson está en mora de cumplir el contrato celebrado por escritura pública número ochenta y una (81), de diez (10) de junio de mil novecientos diez (1910), otorgada en la Notaría del Circuito de San Andrés y Providencia.

"Segundo. Que la demandada debe cumplir la referida convención, sin más demora que la indispensablemente necesaria para ejecutar la obra de mensura y división del globo de terreno situado en el Municipio de San Andrés, en el lugar llamado Booby Rock o Hill Top.

"Tercero. Que una vez efectuadas las mensura y división expresadas, se ordene a la demandada entregar a los demandantes la mitad del prenombrado globo de terreno, así como también se le ordene el otorgamiento de la respectiva escritura traslativa de dominio a favor de su contraparte."

En primera instancia el Juzgado negó lo pedido en la demanda, por no haberse probado que Olimpia Brock estuviera en mora de cumplir las obligaciones que le resultan de la escritura número ochenta y uno, arriba mencionada.

Subió el negocio al Tribunal Superior de Cartagena, y éste, en sentencia de primero de agosto de mil novecientos veintidós, estimó que el contrato contenido en la precitada escritura número ochenta y uno, es de transacción, y después de algunas consideraciones sobre la materia, llegó a esta conclusión:

"Luego si la transacción implica enajenación, si los padres de familia, con relación a los bienes que están bajo su administración a virtud del derecho de patria potestad, no pueden enajenarlos sin autorización judicial, y si de autos no resulta decreto judicial alguno que autorice el título generador de la obligación demandada, claro es que la transacción aludida se halla afectada de nulidad."

Consideró el Tribunal que se trata de una nulidad absoluta, y termina así su referido fallo:

"Estando demostrado, según lo expuesto, que de esa transacción no puede desprenderse vínculo alguno de derecho entre los contratantes, salta a la vista la improcedencia de las declaratorias demandadas.

"En tal virtud, este Superior Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, absuelve a Olimpia Brock (a) Thompson, de los cargos de la demanda.

"Queda en estos términos reformada la parte resolutive de la sentencia de primera instancia apelada. Hágase saber, déjese copia en el libro respectivo y manténgase el expediente en la mesa de la Secretaría para los efectos de la casación."

Posteriormente Arthur H. May, en escrito de demanda, fechado el veintitrés de mayo de mil novecientos veinticuatro, dijo:

"El Tribunal de Cartagena, en sentencia de primero de agosto de mil novecientos veintidós, declaró nulo el susodicho contrato contenido en la precitada escritura pública número ochenta y uno de mil novecientos diez. En virtud de esta sentencia, que lleva la fuerza de cosa juzgada, deben volver al patrimonio de Olimpia Brock los cuatro lotes de terreno que entregó, ya que, a consecuencia de la declaratoria de nulidad, las partes tienen derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarian si no hubiese existido el contrato nulo, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil."

En la parte petitoria de ese libelo dijo:

"Me presento, por medio de este escrito y en nombre de Olimpia Brock, de calidades ya dichas, demandando a la señora Catherine Davis de Brock, en su propio nombre y también como representante legal de sus menores hijos Ionita, Kiziah y Cinderella Brock (artículo 62 del Código Civil), y a Hamilton y Dillion Brock, hijos también de Catherine Davis de Brock, que han llegado ya a la mayor edad, siendo todos los demandados naturales y vecinos de este Municipio, y quienes son los tenedores de los cuatro lotes de terreno en litigio, para que, con su citación y audiencia, y previos los trámites de un juicio civil ordinario, se declare por usted en sentencia definitiva:

"1º Que los demandados están en la obligación de devolver a Olimpia Brock, como consecuencia de la nulidad declarada, los cuatro lotes de terreno descritos en la primera parte de este libelo, con sus frutos, según resulten ser poseedores de buena o mala fe; o a pagar el valor de los supracitados lotes y frutos, según justiprecio de peritos, si quieren retenerlos; y

"2º Que están también en la obligación de pagar las costas de este juicio."

La parte demandada, por medio de apoderado, contestó aceptando unos hechos y negando otros, conviniendo en algunos de los fundamentos de derecho y rechazando otros; pero en el fondo, oponiéndose a lo pedido por la demandante. Al mismo tiempo, el mismo apoderado, Simón A. Howard, presentó demanda de reconvencción contra la expresada Olimpia Brock (a) Thompson, para que se declare en sentencia definitiva:

"a) Que Gerald Brock—extinto—esposo y padre legítimo que fue, respectivamente, de mis mandantes Catherine Davis viuda de Brock y sus hijos menores, Ionita, Kiziah y Cinderella, y los mayores Hamilton y Dillion Brock, cultivó de buena fe, principiando desde el año de mil ochocientos noventa y seis, los terrenos designados en la escritura pública número cuarenta y cinco, del protocolo notarial del año de mil novecientos siete (auxiliado por su esposa desde el año de mil ochocientos noventa y siete), de arrendamiento a favor de Henry J. Bradley, y edificó casas de habitación y depósito,

fincas descritas en las cláusulas primera, cuarta y quinta del referido documento, de una extensión aproximada de cuarenta y dos (42) acres, comprendidos dentro de los linderos específicos y generales expresados en el hecho 2 de ésta, y denominados **Hilltops, Red hand Southend y Seaside**.

"b) Que Gerald Brock—difunto—hizo tales cultivos y edificó casas sobre el suelo de los nombrados lotes de terrenos, determinados por sus linderos singulares en el punto 2 de los hechos, desde el año de mil ochocientos noventa y seis, fomentando y explotando sus proventos en beneficio y provecho propio, y ejercitando los actos usuales vinculados en el título de poseedor, con ánimo de dueño y señor sobre el suelo, sin tener, Olimpia Brock, en ese entonces, ni hoy, mejor título (ni igual sobre las tierras incultas ocupadas por dicho cultivador y ocupante primitivo Gerald Brock).

"c) Que el día veintitrés de abril de mil novecientos siete, estando en plena posesión de las mentadas fincas, con ánimo de dueño, Gerald Brock arrendó dichas propiedades a Henry J. Bradley por el término de cinco años, contados desde el día primero de abril del mismo año—sin que nadie pretendiera mejor título de dominio—usufructuando así los frutos civiles, conservando el dominio y cediendo la tenencia a favor de Bradley, para el goce y usufructo de los frutos naturales por determinado tiempo, manifestando así su facultad de disponer de ellas a su arbitrio, sin previo consentimiento de nadie.

"d) Que vencido el contrato el día primero de abril de mil novecientos doce, habrían de volver las fincas a poder del arrendador Brock, pero como la muerte lo sorprendió en la ciudad de Colón el día siete de noviembre de mil novecientos ocho, quedó deferido de hecho los derechos vinculados en dichos predios a favor de sus herederos legítimos, o sean mis representados en esta litis, desde el siete de noviembre de mil novecientos ocho.

"e) Que reconocidos esos derechos sucesorios por Olimpia Brock, ésta trabó transacción por medio del convenio llevado a escritura pública, que reza el instrumento público número ochenta y uno de mil novecientos diez, por el cual pasó los referidos predios a poder de Olimpia Thompson, como depósito transitorio, con el objeto de formar vínculos de comunidad con la pertenencia de ésta en el mismo globo, para luego sufrir partición en partes iguales (2), previa la diligencia de apeo, menester para determinar la extensión superficial del globo entero; quedando una mitad por cada una de las partes interesadas, correspondiendo la entrega de los intereses del extinto Gerald Brock, a su cónyuge supérstite, Catherine Davis viuda de Brock, en representación propia y de sus entonces hijos menores, fruto del matrimonio Brock-Davis.

"f) Que en virtud del contrato celebrado, obrando en buena fe Catherine Brock, cumpliendo fielmente lo pactado por ella, hizo llegar la tenencia de las aludidas fincas en poder de Olimpia Brock (a) Thompson, y que ésta, por incumplimiento de su parte de lo pactado, transcurrido varios años, obligó a mis mandantes ocurrir a la justicia, en demanda de amparo de los derechos vinculados en dichos terrenos, cultivados, ensanchados y explotados por el extinto Brock (coadyuvando su mujer Catherine Davis en desarrollo del haber de la sociedad conyugal), resultando que el Tribunal Superior de Cartagena desató la controversia en segunda instancia, declarando nulo el contrato que consta en la tantas veces

citada escritura pública número ochenta y uno de mil novecientos diez, por sentencia de fecha primero de agosto de mil novecientos veintidós, quedó de hecho inexistente el referido convenio, desde el ejecutorio de dicha sentencia con derecho a las partes de hacer retrotraer las cosas al *statu quo* preexistente a la fecha de la celebración del contrato que en fuerza de dicho fallo, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 1746 del Código Civil, con fuerza de cosa juzgada, que entraña dicha providencia ejecutoriada, está a cargo de Olimpia Brock hacer las restituciones de las fincas que pasaron a su poder, aumentando así su patrimonio y menguando los de mis poderdantes, para que las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo.

"g) Que esa condición consistía en tener los herederos del difunto Gerald Brock—mis poderdantes en la litis—derechos de dominio sobre las fincas arrendadas en ese entonces a Henry J. Bradley, singularizadas en las cláusulas 1ª, 4ª y 5ª del referido contrato número ochenta y uno de mil novecientos diez.

"h) Que Olimpia Brock, como poseedor (sic) de mala fe y a móvil de su obstinada resistencia para cumplir su parte de lo pactado en el susodicho contrato de transacción amigable, como consecuencia de tamaños desmanes arbitrarios, debe hacer restituciones también de los frutos naturales y civiles, en los términos preceptuados en las doctrinas sustantivas, consagradas en el capítulo 4º, Título 12, del Libro 2º del Código Civil, sin perjuicio de las prestaciones a cargo de los poseedores de buena fe, caso de ser acreedora de esa condición, en concepto del Juzgado, y además, a resarcir, a favor de mis poderdantes los daños y perjuicios de toda índole, en los términos prescritos en las doctrinas que informan el Título 12 del Libro 4º del Código Civil, y que se condene a Olimpia Brock a dichas restituciones y pago de frutos naturales y civiles, daños y perjuicios justipreciables en este juicio por peritos nombrados oportunamente, o en subsidio, pido la declaratoria en abstracto.

"i) Que se condene a la demandante Olimpia Brock a restituir a mis poderdantes Catherine D. viuda de Brock y sus hijos Hamilton, Dillion, Ionita, Kiziah y Cinderella Brock, sucesores legítimos del extinto Gerald Brock, los terrenos cultivados objeto de la presente demanda, **Booby Brock, Hilltop y Red Land, Southend**, situados en la jurisdicción del Corregimiento de San Luis, en este Municipio, con sus cultivos y demás anexidades, deslindados como se indican en el hecho 2º de este escrito de demanda, dentro del término perentorio que tendrá a bien fijar el señor Juez.

"j) Que Olimpia Brock debe abstenerse de ejercitar actos de dominio y posesión sobre los terrenos cultivados por Gerald Brock, comprendidos dentro de los linderos atrás descritos.

"k) Que se condene a Olimpia Brock a restituir a mis mandantes antedichos, los frutos naturales y civiles que produzcan los inmuebles cuya restitución demando, y que perciba dicha señora Olimpia Brock, desde la fecha, que en el desarrollo de la controversia probaré ser acreedora a dicha sanción, y según sea poseedora de buena o mala fe, en los términos de las doctrinas sustantivas que los puntos dominan, hasta el día de la restitución de los inmuebles demandados, y no sólo lo que perciba dicha señora, sino lo que hubieran podido percibir mis representados con mediana inteligencia y actividad, si la propiedad que demando hubiera estado en su poder (artículo 964 del Código Civil).

"l) Que Olimpia Brock es detentadora dolosa de los patrimonios con objeto ilícito contra mis poderdantes, con propósito manifiesto de lesionar nuestro derecho civil, subrogándolo con su propia voluntad, fantasía y capricho en favor de ilícitas pretensiones (objeto ilícito), y por tanto, acreedora a las sanciones y penalidades civiles, de acuerdo con las doctrinas preceptivas que rigen la materia.

"m) Que debe sanear los terrenos del referido patrimonio de mis representados, de los gravámenes, censos e hipotecas constituidos sobre ellos por la parte demandada en perjuicio de los intereses de los legítimos herederos del extinto Gerald Brock.

"n) Y, finalmente, en resumen, que sea condenada Olimpia Brock (a) Thompson a la restitución, de acuerdo con el texto del artículo 1746 del Código Civil, en relación con la sentencia ejecutoriada de segunda instancia, dictada por el honorable Tribunal de Cartagena, de agosto primero de mil novecientos veintidós, contemplada en la demanda principal y la presente de reconvencción o contrademanda, con las demás restituciones y prestaciones, de acuerdo con los preceptos de nuestro derecho civil pertinentes, de acuerdo con el desarrollo del juicio, y que la parte demandada sufra, que mis mandantes recobran y ejerzan el derecho de hacer suyos dentro del término perentorio que tendrá a bien señalar el Juzgado, después de la ejecutoria de la providencia definitiva sobre los inmuebles demandados, es decir, los terrenos con los árboles de cocos y demás árboles frutales que los pueblan, con sus mejoras y anexidades de toda índole, sin tener derecho a indemnizaciones algunas (inciso 5º del artículo 965 del Código Civil).

"o) Que declare a cargo de la señora Olimpia Brock, de mostrar los linderos por que recibió los terrenos cultivados por Gerald Brock, caso de haber sufrido confusión con los terrenos contiguos, en poder de la demandada y los demás vecinos colindantes, por estar a cargo de ella mantenerlos visibles con sus respectivas señales de mojones materiales, y en caso contrario, de aceptar los linderos demostrados por mis mandantes en la secuela del juicio; resolviendo las dudas a favor de mis poderdantes. Pido condenación en costas en contra de la parte demandada. Alego derechos prescriptivos, en vía de consumarse, de índole extraordinaria."

Posteriormente, en escrito de trece del mismo mes, el mismo apoderado Howard, después de exponer algunos hechos, dijo:

"Adicionada la parte petitoria, foja 6 del respectivo escrito, subsiguiente al aparte o), así:

"p) Que mis poderdantes Catherine Davis viuda de Brock y sus hijos tenían y tienen en la actualidad derecho prescriptivo de índole extraordinaria sobre los terrenos determinados y singularizados en el punto dos de los hechos que reza mi anterior escrito principal de demanda de reconvencción, en vía de consumación de manera no interrumpida (como petición subsidiaria); y

"q) Que se practique en el mismo juicio todas las diligencias y actos necesarios para dejar cognito y singularizados todos los lotes de terrenos *Hilltop* y *Redland Southend*, del contrato de arrendamiento entre Gerald Brock y Henry J. Bradley, que reza el instrumento público número cuarenta y cinco de mil novecientos siete—cláusulas 1º y 4º—que pasaron a la tenencia de Olimpia Brock, siendo a cargo de ésta mostrar los verdaderos linderos por las señales visibles con que pasaron a su poder temporal, o sea las mismas que sirvió al señor

Bradley en su tenencia a título de usufructuario oneroso, y caso de hallarlos confundidos en la actualidad de manera indeterminable por las anteriores señales visibles, que el Juzgado, con auxilio de las probanzas viables, hará determinarlos y amojonarlos."

El tres de septiembre se presentó una nueva adición a la contrademanda. La parte de Olimpia Brock se opuso a todo lo pedido, tanto en la demanda de reconvencción como en sus adiciones, y el Juzgado, en sentencia de primero de junio de mil novecientos veintiséis, falló así:

"1º Niégase lo solicitado por la señora Olimpia Brock en los numerales 1º y 2º consignados en su primer libelo de demanda, datado el veintitrés de mayo de mil novecientos veinticuatro.

"2º Declárase que los demandados Catherine Davis de Brock, Ionita, Kiziah, Cinderella, Hamilton y Dillion Brock, están en la obligación de entregar a la señora Olimpia Brock, dentro del término de seis días, los lotes de terrenos que recibieron de la mencionada señora Olimpia Brock, en virtud del contrato contenido en el instrumento público número ochenta y uno de mil novecientos diez, de la Notaría de este Circuito; terrenos que tienen una extensión de trece acres con ochenta y nueve yardas cuadradas, y que hacen parte del globo de mayores dimensiones denominado *Booby Rock*, situado en jurisdicción de este Municipio; entrega que debe verificarse por la medida que se deja expresada y por los linderos por los cuales se recibió.

"3º Declárase improcedente la acción de reivindicación incoada por los demandados Catherine Davis de Brock, Hamilton, Ionita, Kiziah, Cinderella y Dillion Brock en la contrademanda de reivindicación.

"4º El Juzgado se abstiene de hacer las condenaciones para que se restituyan los frutos o su valor, por no haberse probado la existencia de éstos.

"5º Déjanse a salvo las acciones que competen a cada una de las partes litigantes."

Apelaron ambas partes, y el Tribunal de Cartagena, en sentencia de diez de mayo de mil novecientos veintiocho, dijo:

"En mérito de las consideraciones que se dejan hechas, este Tribunal Superior..... declara improcedentes las acciones interpuestas por las partes, y consecuentemente absuelve a cada uno de los demandados de los cargos que se le hacen en el respectivo libelo de demanda.

"Queda en estos términos reformada la sentencia materia del recurso."

El apoderado de Olimpia Brock interpuso el recurso de casación, y en el mismo escrito en que lo interpuso, dijo:

"Fundo el recurso:

"a) En que la sentencia declara improcedentes las acciones intentadas por las partes, y como esa cuestión no ha sido discutida en el juicio, se ha quebrantado el artículo 335 del Código Judicial, el cual determina que la sentencia definitiva debe limitarse a resolver lo pedido en la demanda, y nada más que eso.

"b) En que el contrato consignado en la escritura número ochenta y uno (81), de diez (10) de junio de mil novecientos diez (1910), otorgada en la Notaría del Circuito de San Andrés y Providencia, fue declarado nulo por sentencia definitiva del primero (1º) de agosto de mil novecientos veintidós (1922), y ahora se desconoce

la fuerza obligatoria de ésta, arguyéndose que la declaratoria de nulidad no se hizo en la parte resolutive del fallo sino en su parte motiva, desconociéndose así lo establecido en el artículo 831 del citado Código.

"c) En que el artículo 1748 del Código Civil da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, cuando se ha pronunciado judicialmente la nulidad del contrato; pero ni esa disposición ni ninguna otra hablan de que la nulidad debe declararse necesariamente en la parte resolutive: lo importante es que se reconozca la existencia de la nulidad en cualquier parte de la sentencia.

"d) En que la declaratoria de nulidad del contrato contenido en la escritura número ochenta y uno (81) mencionada, hecha en la parte motiva de la sentencia de ese Tribunal, fechada el primero (1º) de agosto de mil novecientos veintidós (1922), produce el mismo efecto que si la hubiera hecho en la parte resolutive; y produciéndolo, ha debido reconocerse su eficacia para la reivindicación, y como se ha procedido en sentido distinto por ese Tribunal, se ha violado lo dispuesto en el artículo 1748 del Código Civil."

El Tribunal concedió el recurso, y la Corte lo admite, por hallarse ajustado a la ley.

El apoderado de la recurrente, ante esta Superioridad, amplía la acusación formulada ante el Tribunal, alegando nuevos motivos.

De los cargos formulados ante el Tribunal, transcritos ya, claramente se deduce que el apoderado de la recurrente invoca la primera causal, y para contestar esos cargos se considera:

a) Al decir el Tribunal que "declara improcedentes las acciones interpuestas por las partes," no ha querido decir otra cosa sino que esas acciones no fueron propuestas conforme a derecho, resumiendo así lo que acababa de decir en la parte motiva: que "es a todas luces claro que no asiste a las partes el derecho para impetrar las declaraciones que vienen solicitadas en sus respectivos libelos," y mal puede decirse que "esta cuestión no ha sido discutida en el juicio." El cargo es infundado.

b) Al cargo formulado bajo este numeral, en la demanda de casación presentada ante el Tribunal, se observa:

1º No es exacto que el contrato consignado en la escritura número ochenta y uno, de diez de junio de mil novecientos diez, otorgada en la Notaría del Circuito de San Andrés y Providencia, fue declarado nulo por la sentencia definitiva de primero de agosto de mil novecientos veintidós. En esa sentencia, el Tribunal sentenciador falló así: "administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, absuelve a Olimpia Brock (a) Thompson de los cargos de la demanda. Queda en estos términos reformada la parte resolutive de la sentencia de primera instancia apelada."

2º Si la acusación consiste en que lo fallado en ese acto judicial no es lo que se acaba de transcribir, sino una nulidad apreciada por el Tribunal en la parte considerativa de la referida sentencia, ella debió formularse por mala apreciación de esa sentencia, presentada con el libelo de demanda como prueba de los hechos en que ésta se funda, pero no por violación directa del artículo 831 del Código Judicial, puesto que en ninguna parte del fallo recurrido desconoce el Tribunal que "la sentencia ejecutoriada debe cumplirse, que funda la excepción de cosa juzgada, ni que hace nula cualquiera otra sentencia posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes."

c) Bajo este numeral no se formula propiamente un cargo, motivo de casación, sino una mera observación o un concepto del recurrente, a lo que conviene observar que si bien es cierto que el artículo 1748 del Código Civil, que da acción contra terceros poseedores cuando se ha pronunciado judicialmente la nulidad del contrato, no dice que esta nulidad debe declararse necesariamente en la parte resolutive de la sentencia, es obvio que esto ha de ser así, por mandato del artículo 838 del Código Judicial, según el cual "en la parte resolutive se expresará con toda claridad y precisión el modo como se decide la controversia, dando su derecho a cada una de las partes, y expresando ante el Juez que lo hace, administrando justicia, etc.," luego siempre que en una sentencia que haya de declararse la nulidad de un contrato, tal declaración ha de hacerse, necesariamente, en la parte resolutive.

d) Bajo este ordinal, sienta el recurrente la tesis de "que la declaratoria de nulidad del contrato contenido en la escritura número ochenta y uno (81) mencionada, hecha en la parte motiva de la sentencia del Tribunal, fechada el primero (1º) de agosto de mil novecientos veintidós (1922), produce el mismo efecto que si la hubiera hecho en la parte resolutive"; y, sin demostrar ese aserto, en el cual se hace aparecer como declaratoria de nulidad la simple apreciación que se hizo de una prueba en la parte motiva de la sentencia, concluye diciendo que como se ha procedido de modo distinto, se ha violado lo dispuesto en el artículo 1748 del Código Civil. El cargo, como se ve, carece de fundamento.

Por su parte, el apoderado ante la Corte, ha alegado tres cargos más, que la Corte pasa a examinar:

"Primero. El Tribunal de Cartagena—dice—violó con la sentencia materia del recurso el artículo 1746 del Código Civil, artículo invocado en la demanda: ese precepto legal dispone terminantemente que las partes tienen derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo.

"Y no solamente quebrantó el Tribunal lo que dicha doctrina legal dispone, sino que desconoció en absoluto la declaratoria de nulidad del contrato que consta en la escritura número ochenta y uno, de diez de junio de mil novecientos diez, declaratoria de nulidad que se hizo en la providencia ya mencionada. La sentencia ejecutoriada debe cumplirse; funda la excepción de cosa juzgada; pero estos mandatos imperativos no fueron respetados ni obedecidos en el caso que aquí se contempla.

"Es incuestionable que la declaratoria de nulidad de la convención, hecha en la parte motiva del fallo, produce el mismo efecto que si hubiera sido decretada en la parte resolutive, ya que lo interesante era que tal declaración, que podía hacerse aun sin solicitud del interesado, se decretase en cualquier parte de la sentencia. Y nótese que el Tribunal absolvió a la señora Olimpia Brock de los cargos de la demanda, precisamente como una consecuencia inmediata y lógica de aquella declaratoria, sin la cual no habría podido llegar a la conclusión a que llegó."

Toda esta acusación está fundada en que en la precitada sentencia de primero de agosto de mil novecientos veintidós, se pronunció la nulidad del contrato consignado en la escritura pública otorgada en la Notaría del Circuito de San Andrés y Providencia, bajo el número ochenta y uno, el diez de junio de mil novecientos diez, pero se repite, en aquella sentencia no se hizo, de oficio,

tal pronunciamiento, ni tampoco a solicitud de interesado legítimo. La escritura que contiene el referido contrato apenas figuró en el juicio como prueba de la obligación que se trataba de hacer valer en la demanda, y el Tribunal, al apreciar esa prueba en la parte motiva del fallo, la desestimó como tal, por conceptuar que el contrato está viciado de nulidad, según razones que allí expuso, mas no por eso puede decirse que el mencionado contrato quedara anulado por esa sentencia, y siendo ésta la base fundamental del cargo que se examina, éste no puede prosperar.

Por esta misma razón se declara infundado este otro motivo consignado en el mismo alegato:

“Segundo. El Tribunal de Cartagena—sigue diciendo el apoderado ante la Corte—violó asimismo el artículo 1747 del Código Civil, artículo invocado también en la demanda, el cual establece que si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz, sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz; pero el mismo artículo añade que se entenderá haberse hecho ésta más rica, en cuanto las cosas pagadas o adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiera retenerlas.”

El tercero y último motivo de casación alegado ante la Corte, dice:

“El Tribunal violó, igualmente, los artículos 831 y 835 del Código Judicial: el primero, en cuanto desconoce en el fallo la fuerza obligatoria de la sentencia del primero de agosto de mil novecientos veintidós, que en copia auténtica acompañó a la demanda de veintitrés de mayo de mil novecientos veinticuatro; y el segundo, en cuanto declara improcedentes las acciones interpuestas por las partes, y no pronunció la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, sino que resuelve sobre puntos que no han sido objeto de la controversia.

“El Tribunal falló el litigio declarando improcedentes las acciones interpuestas por las partes y absolviendo a cada uno de los demandados de los cargos que se le hacen en el respectivo libelo, a pesar de que este punto no había sido discutido en el proceso. ¿Dónde, en qué parte consta que se hubiera pedido esa declaración? La sentencia definitiva debe limitarse a resolver lo solicitado en la demanda, y nada más que eso.”

Como los cargos consignados en este tercer motivo son los mismos que figuran bajo los numerales a) y b) del alegato presentado ante el Tribunal, ya ellos están contestados con lo que se dijo al tratar esos puntos.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a casar la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Cartagena el diez de marzo de mil novecientos veintiocho.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

En mi entender, la sentencia del Tribunal de Cartagena, de primero de agosto de mil novecientos veintidós, si declaró nulo el contrato de transacción contenido en la escritura número ochenta y uno, de diez de junio de mil novecientos diez. Ese fallo dice:

“..... lo primero que ocurre preguntar es ¿qué valor tiene la transacción amigable que viene anotada?

“Para dar solución a este interrogatorio, el Tribunal tiene en cuenta:

“Que por prescripción del artículo 2470 del Código Civil, no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.

“Que la madre ejerce la patria potestad en caso de muerte del padre, respecto de sus hijos legítimos. Así lo dispone el artículo 53 de la Ley 153 de 1887.

“Que conforme al artículo 295 del Código Civil, la administración de los bienes de los hijos es uno de los derechos que comprende el ejercicio de la patria potestad. Y que el ejercicio de ese derecho tiene restricciones, entre ellas la establecida por el artículo 303 de la propia obra, que prohíbe enajenar o hipotecar los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del Juez; con conocimiento de causa. Luego si la transacción implica enajenación, si los padres de familia, con relación a los bienes que están bajo su administración a virtud del derecho de patria potestad, no pueden enajenarlos sin autorización judicial, y si de autos no resulta decreto judicial alguno que autorice el título generador de la obligación demandada, claro es que la transacción aludida se halla afectada de nulidad.

“Dada esta consideración, que el Tribunal estima evidente, se pasa a estudiar qué clase de nulidad es la del caso concreto que aquí ocurre.

“Por precepto imperativo y claro de la ley, se requiere para la existencia de la operación jurídica que se analiza, que ella se halle precedida de autorización judicial.

“Enseña el artículo 1741 del Código Civil, que es nulidad absoluta la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos. Luego es claro también que la esencial formalidad que se echa de menos en la transacción, la afecta de nulidad absoluta. Siendo esto así, como no puede menos de serlo, y siendo doctrina jurídica de la Suprema Corte de Justicia, en interpretación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, que el juzgador no puede otorgarle ningún valor a un contrato afectado manifiestamente de nulidad absoluta, para el efecto de declarar derechos en obligaciones emanantes de él, es bastante lo dicho para deducir la ineficacia de la transacción que se ha traído a los autos, en que se consagra el derecho que se quiere hacer valer por medio de esta controversia. Estando demostrado, según lo expuesto, que de esa transacción no puede desprenderse vínculo alguno de derecho entre los contratantes, salta a la vista la improcedencia de las declaratorias demandadas.”

Es indudable que esta sentencia no decretó esa nulidad en la parte resolutive del fallo, pero hay que entender que la parte motiva de una sentencia tiene íntima conexión con la resolutive, como que ésta es una consecuencia de aquélla, partes que no pueden desvincularse y considerarse aisladamente, porque ellas se

complementan y vienen a formar una sola construcción jurídica.

Si ello no fuera así, no podría invocarse como autoridad y doctrina más probable las decisiones de la Corte, porque ellas no se consignan en la parte resolutive sino en la motiva. En ésta es donde se explica cómo debe entenderse una disposición civil y cómo debe aplicarse.

Esta opinión tiene respaldo en varias decisiones de la Corte, cuales son, entre otras, la de veintiuno de marzo de mil novecientos diez y seis (tomo XXV, página 250), que dice:

"La cosa juzgada se halla por lo general en la parte dispositiva de la sentencia; los motivos de ésta carecen de fuerza de fallo; son simples elementos de convicción del Juez, que pudiendo ser erróneos en ocasiones, no afectan, sin embargo, la decisión misma. Pero cuando los motivos son, no ya simples móviles de la determinación del Juez, sino que se ligan íntimamente al dispositivo, y son como el alma y nervio de la sentencia, constituyen entonces un todo con la parte resolutive, y participan de la fuerza que ésta tenga. Numerosos son los casos en que, sin conexionar los motivos determinantes de un fallo con la parte resolutive, ésta sería incomprensible e inejecutable."

Y la de diez de noviembre de mil novecientos veintitrés (tomo XXX, página 202), que preceptúa:

"Si bien es cierto que en la parte resolutive de una sentencia es donde se halla la autoridad de cosa juzgada y la fuente de los derechos y obligaciones, ello no impide que se tengan en cuenta los fundamentos o razones de orden objetivo, explicados en la parte motiva, cuando ellos son necesarios para determinar el alcance de dichos derechos u obligaciones. Así, por ejemplo, como los efectos del divorcio son diferentes según la causa, la sentencia que en su parte resolutive se limita a decretarlo, ha de entenderse como declaratoria de la existencia de la causa que lo justifica, y aplicarse con los efectos referentes a esa causa."

Por lo dicho, considero que ha debido casarse el fallo por violación de la disposición que reconoce la cosa juzgada (artículo 831 del Código Judicial).

Bogotá, julio 2 de 1931.

José Miguel Arango—Jiménez—Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio dos de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

En memorial de veinticuatro de noviembre de mil novecientos diez y nueve, que fue repartido al Juzgado 2º del Circuito de Pasto, Julio Bravo, hablando en su propio nombre, dijo: "demando en juicio ordinario a los señores Néstor Mora A. y Enrique Mera Ll., ambos mayores de edad y vecinos el primero de Pasto y el segundo de Túquerres, para que previa la tramitación de regla, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que entre los señores Mora y Mera, de una parte, y yo, de otra, existió un contrato de preposición o mandato comercial, celebrado a treinta de junio de mil novecientos diez y seis, sobre los almacenes de mercancías que tengo establecidos en la ciudad de Túquerres, y

en el cual el uno contrajo obligaciones para el manejo del establecimiento y el segundo para responder de modo solidario ante mí por todos los valores que el otro recibiera en el curso de la negociación.

"Segunda. Que en la administración o manejo de los almacenes, así como del dinero procedente de las ventas de mercancías y de créditos antiguos de mi casa comercial, cuyo cobro se le encomendó, el señor Mora A. —en los dos primeros años del contrato—sufrió un alcance de quince mil setecientos treinta y ocho pesos noventa centavos, en moneda de plata (\$ 15,738-90), saldo a su cargo que arrojan las cuentas llevadas y rendidas semanalmente por él mismo.

"Tercera. Que los señores Mora A. y Mera Ll. están obligados solidariamente a pagarme, con los intereses corrientes y el plazo de seis (6) días, la cantidad de quince mil setecientos treinta y ocho pesos noventa centavos (\$ 15,738-90), en moneda de plata antigua, o su equivalente en oro legal.

"Demando asimismo el pago de costas judiciales, si llegare el caso.

"Fundo esta acción en los hechos y disposiciones legales que en seguida se expresan:

"1º El 30 de junio de 1916 celebré un pacto o convenición con el señor Mora A. para la administración o manejo de mi almacén de mercancías establecido en la ciudad de Túquerres; y el documento demostrativo del contrato señala con mucha claridad las estipulaciones de cada una de las partes. Consta allí la prohibición de vender mercancías a plazo para el señor Mora, así como su obligación de rendir la cuenta del almacén semana por semana, con la consiguiente entrega de las existencias en caja, cualquiera que fuera su procedencia.

"2º En ejecución del contrato y para iniciar las operaciones del almacén el primero de agosto de mil novecientos diez y seis, el señor Mora A. recibió mercancías rigurosamente inventariadas por valor de sesenta mil novecientos ochenta y cuatro pesos veintidós centavos, en moneda de plata (\$ 60,984-21). Y en seguida continuó recibiendo las mercancías que llegaban a los almacenes de acuerdo con las respectivas facturas y debitando su cuenta con estos nuevos valores. El volumen de mercancías aumentó considerablemente en el almacén a pesar de las ventas y salidas, y lo propio sucedió con el movimiento de caja, a la que ingresaron no sólo los productos de las ventas, más también valores de otra procedencia, como del cobro de créditos antiguos que entregó el empleado anterior, señor Virgilio Ramírez.

"3º El señor Mora A. rindió su cuenta puntualmente y documentada en el curso de más de cien semanas, y de allí anotó lo siguiente: el 28 de diciembre de 1917 subió el saldo débito a \$ 84,271-81; el 4 de enero siguiente (1918), a \$ 83,898-51; el 28 de junio, a \$ 99,341-50, y el 5 de julio del mismo año, a \$ 98,807-50.

"4º Con motivo de la formación de los inventarios de las existencias, que suelo hacerlos cada dos años, vino alguna interrupción en las operaciones ordinarias del almacén, del 6 de julio al 14 de agosto de 1918, en que el señor Mora A. rindió su cuenta final con un saldo definitivo a su cargo por valor de \$ 95,529-37. En estas circunstancias y por mutuo acuerdo, se procedió a recibirle el almacén al señor Mora A., quien hizo la entrega de

los valores de que era responsable, en esta forma: mercancías inventariadas, \$ 70,315-08; en créditos de los consignados por el señor Virgilio Ramírez, \$ 9,475-39, o sea un total de \$ 79,790-47, en moneda de plata antigua. La diferencia no apareció ni en mercancías ni en dinero y por lo mismo no fue recibida ni entregada, y hay por consiguiente de considerarla como alcance en favor de la casa que represento y a cargo del señor Mora A.; y esa diferencia, que alcanza a \$ 15,738-90, es a la vez el valor de que debe responder el doctor Mera Ll.

"5° Por virtud del contrato, Mora A. quedó obligado a responder por los valores que recibiera en desempeño del mandato comercial, bajo la garantía confiada al honor de la firma del doctor Mera Ll., que se constituyó espontáneamente 'fiador solidario y mancomunado,' sin intervención expresa al menos en el recibo y entrega de mercancías, recibo y entrega de dinero, en las ventas ni en el rendimiento de las cuentas semanales; así que su obligación se limitó a responder por los valores que quede a deber el señor Mora A. Y teniendo en cuenta la importancia de los negocios que se le confiaban a su favorecido, como buen abogado y hombre previsor, exigió a su vez, antes de comprometer su firma, una caución hipotecaria sobre inmueble, de alto valor relativamente, a fin de no sufrir quebranto en sus intereses por cualquier evento.

"6° El doctor Mera Ll., al darse como 'fiador solidario y mancomunado,'—según frase empleada por el derecho español antiguo—de las obligaciones contraídas en asociación de Mora M., no hizo otra cosa que declarar que se obligaba en el todo con el codeudor; pues de otro modo no tendría sentido la palabra solidario allí empleada, de acuerdo con la doctrina sustentada por la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales del país, al aplicar el ordinal 2° del artículo 2384 del Código Civil nacional. Y tanto es así que en este caso el codeudor o fiador solidario—como suele denominarse—no goza del beneficio de excusión, que es lo que distingue o caracteriza la condición del fiador propiamente dicho, como responsable de una obligación simplemente accesorio.

"7° Conforme a nuestra jurisprudencia, constituirse uno fiador solidario, principal pagador, equivale a constituirse como deudor solidario, puesto que la ley no establece palabras sacramentales para determinar una obligación en los contratos, que son la suprema ley para los contratantes, y en esa virtud, para hacerse efectivas las obligaciones de este modo contraídas, como en el presente caso, bien puede procederse contra ambos deudores, por más que uno de ellos haya sido denominado, fiador solidario.

"8° Son aplicables al asunto que se propone los artículos 347, 353, 355, 370, 383, 385, 411; 413; 442; 446; 448 y 461 del Código de Comercio, y 1568, 1571, 1602, 1603, 1606, 1608, 1617 y 1620 del Código Civil nacional.

"En seis fojas escritas presento a usted el documento del contrato a que he hecho referencia, con las respectivas diligencias del reconocimiento judicial."

Las estipulaciones del documento que se hace valer en esta demanda, en lo que se estima pertinente, son del tenor siguiente:

"Los suscritos, Néstor Mora A. y Julio Bravo, ambos mayores de edad, colombianos; el primero vecino de Túquerres, y el segundo de la ciudad de Pasto, han celebrado un contrato ajustado a las siguientes condiciones:

"1° Mora A. se compromete a administrar un almacén de mercaderías que Bravo tiene establecido en Túquerres desde hace varios años, y que actualmente se halla a cargo del señor Virgilio Ramírez.

"2° La administración expresada se hará de acuerdo con los siguientes pormenores:

"a) Mora A. recibirá por riguroso inventario las mercaderías cuyos precios serán tomados de las facturas originales que Ramírez tiene en su poder. Cualquier error en este sentido será de cuenta de Mora.

"c) Las ventas serán—sin excepción—rigurosamente al contado.

"i) Llevará un libro de ventas en que apuntará diariamente y en el momento mismo las mercaderías que venda; un copiator de cartas; un libro de caja; uno de cargo y data para la cuenta general; uno de bodega y los más que estime necesarios.

"j) En cada semana se enviará a la casa principal el dinero de las ventas del almacén y lo de las ventas de la Ferretería del señor Bravo, hoy a cargo del señor Guillermo Cerón; copia del libro de ventas de la semana; copia del movimiento de caja y de la cuenta general; todo con los comprobantes necesarios.

"3° Cobrará Mora A., judicial o extrajudicialmente, los créditos que la casa reciba de Ramírez, siempre que sean con documentos de personas solventes, debiendo Bravo atender a los gastos de cobranza.

"4° Iniciará por sí o por medio de apoderado las ejecuciones que deba entablar la casa y de la misma manera adelantará las que se han intentado ya.

"5° Dirigirá e inspeccionará los trabajos del señor Guillermo Cerón, encargado de la Ferretería, cuya responsabilidad moral asume.

"6° Cuidará de la buena conservación del edificio en donde están los almacenes, indicará oportunamente las medidas que deban tomarse con tal objeto, y hará las reparaciones urgentes que demande.

"7° Este compromiso es por cuatro años, a partir de la fecha en que Mora A. se encargue del almacén, pero en cualquier tiempo Bravo podrá declararlo cancelado por causas justas, es decir, si Mora no cumpliera con sus deberes.

"9° Bravo pagará a Mora treinta pesos (\$ 30) mensuales fijos y dos y medio por ciento (2½ por 100) de las ventas en el primer año; y en los tres años últimos, el porcentaje será del tres por ciento (3 por 100); el porcentaje será retirado mensualmente, previa liquidación aprobada de las ventas.

"10. Para responder por todos los valores que recibirá, Mora A. obliga todos sus bienes y además da como fiador solidario y mancomunado al señor doctor Enrique Mera Ll., quien en prueba de aceptación firma también el presente, ante testigos, en Túquerres, a los treinta días del mes de junio de mil novecientos diez y seis, en dos ejemplares del mismo tenor."

Termina ese documento con las firmas de los expresados contratantes Mora A. y Bravo, las de los testigos y la del doctor Enrique Mera Ll.

Por impedimento manifestado por el Juez 2°, a quien fue repartido el libelo de demanda, el asunto pasó al conocimiento del Juzgado 3° del mismo Circuito.

Néstor Mora A. no dio contestación a la demanda y después de fallado un incidente de excepciones dilatorias, propuestas por el apoderado del doctor Mera Ll., declarando no probadas dichas excepciones, el mismo apoderado contestó la demanda el 11 de septiembre de 1923, y dijo:

"Contradigo la demanda en todas sus partes, y en cumplimiento de preceptos legales contesto los hechos, ateniéndome a la numeración en que los trae el libelo de demanda, en la forma siguiente:

"Al primero convengo en lo relacionado con este número como obligación del señor Mora Arellano exclusivamente.

"Al segundo ni le doy mi asentimiento ni tampoco lo niego por no haber intervenido mi poderdante en las operaciones a que este hecho se refiere. Tomo sí, muy en cuenta, para ulteriores efectos legales, la afirmación hecha en él, respecto de que, procedentes de otras fuentes distintas a la administración del almacén que manejaba Mora, ingresaron a las cajas valores que debía manejar el mismo señor Mora A., sin estar comprendido dicho manejo en el contrato que garantizó mi poderdante, siguiéndose de allí que éste tampoco puede ser responsable como fiador de Mora por obligaciones nacidas del ingreso de esas sumas.

"El punto tercero ni lo acepto ni lo niego, por las mismas razones expresadas en el punto anterior.

"Desconozco totalmente lo que se relaciona en el punto cuarto, porque mi poderdante no intervino para nada en las operaciones y liquidaciones que en él se mencionan.

"Al punto quinto, contesto que es verdad que el señor Mora Arellano contrajo para con el señor Bravo la obligación de responder por los valores que recibiera conforme al contrato que consta en el documento presentado con la demanda, bajo la garantía de mi mandante como fiador, pero sin intervención de éste ni expresa ni tácita en el recibo de las mercaderías ni del almacén en general; sin que mi mandante tomara parte alguna ni en las ventas ni el rendimiento de cuentas, y sin que participara en forma alguna de los honorarios y limitándose tan sólo a afianzar las obligaciones de Mora Arellano relacionadas con el contrato aludido. Es verdad asimismo, que en previsión de que Mora dejara de cumplir alguna de dichas obligaciones y tuviera mi poderdante que pagar algo por él, se respaldó con una caución hipotecaria que constituyeron a su favor la señora Teresa Ranjel y el señor Félix Armando Ponce.

"Al sexto, me veo en el caso de manifestar que no es un hecho que esté obligado a contestar sino exposición de derecho que cree tener el señor Bravo y que no admito desde ahora y me reservo tratar de él extensamente cuando llegue el tiempo de alegar de conclusión.

"En cuanto al punto séptimo entraña también una lastimosa confusión de hechos con el derecho, y expongo la misma razón que para el punto sexto, manifestando expresamente que no convengo en lo que en él se expresa.

"Tampoco contesto como hecho el punto octavo, por las razones expuestas antes; pero niego que sean aplicables las disposiciones del Código de Comercio que en él se citan a mi mandante, que no ha verificado acto

alguno de comercio, no es comerciante, sino un contrato puramente civil, en cuanto a su fianza se refiera; ni son tampoco aplicables las disposiciones del Código Civil, como se demostrará en oportunidad al alegar.

"Termino, señor Juez, proponiendo las siguientes excepciones perentorias: la de novación de contrato, fundada en el que verificaron el señor don Julio Bravo y su dependiente cuando verificaron la liquidación de que habla la demanda, Mora Arellano se confesó deudor del señor Bravo de la cantidad de \$ 15,738-90, plata, y se obligó a pagar dentro de un plazo fijado y concedido por el señor Bravo; la de ampliación de plazo al deudor principal señor Mora, concedido por el señor Bravo, según antes se ha dicho; la de fuerza mayor y la de falsedad del documento acompañado a la demanda, fechado en Túquerres, a los treinta días del mes de junio de mil novecientos diez y seis.

"Fundo las excepciones propuestas así:

"La de novación, en que el señor Julio Bravo y su dependiente señor Néstor Mora A. formalizaron el contrato contenido en el documento otorgado en Túquerres a... de ... de, sin intervención ninguna de mi poderdante. Fúndase asimismo esta excepción en que el señor Bravo, según él afirma, con consentimiento de Mora Arellano, pero de todas suertes sin que tuviera en ello parte el fiador, mi poderdante, introdujo al almacén que manejaba Mora, y como ayudante de éste en su manejo, al señor Clelio Alvarado; y por último, halla fundamento la excepción de que me ocupo en el hecho que anoté arriba de haber encargado a Mora Arellano de cuentas y dineros de procedencias distintas del manejo del almacén, como lo confiesa el señor Bravo aun en la misma demanda.

"La ampliación de plazo aparece confesada por el señor Bravo en la absolución de posiciones rendidas por él extrajuicio y que presentaré a su debido tiempo; y se deduce del documento otorgado entre Mora y Bravo, que antes mencioné.

"La excepción de fuerza mayor resulta del hecho de que de los almacenes del señor Bravo se han sustraído mercancías ya por el ayudante Clelio Alvarado, ya por otras personas, según aparece de los procesos criminales que se hallan en la Alcaldía del Municipio de Túquerres; en la existencia de llaves falsas del almacén que manejaba Mora en poder de distinta persona y en la inseguridad absoluta de las puertas del mismo almacén.

"La falsedad del documento consiste en que no fue suscrito en la fecha y forma que él indica, como se demostrará oportunamente.

"Dejo en la forma expuesta contestada la demanda de que me he ocupado y espero que llegado el caso mi comitente ha de ser absuelto de los cargos de ella, por pedirlo así la justicia y una estricta legalidad."

El diez y seis de febrero de mil novecientos veinticinco el Juzgado profirió el fallo de primera instancia que concluye así:

"Por lo expuesto, el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

"1° No probadas las excepciones propuestas.

"2° Que sólo entre los señores N. Mora A. y Julio Bravo existió el contrato de preposición o mandato comer-

cial celebrado a treinta de junio de mil novecientos diez y seis, sobre los almacenes de mercancías que el señor Bravo tiene establecidos en la ciudad de Túquerres, y en el cual Mora A. contrajo obligaciones para el manejo de ese establecimiento.

"3° Que el doctor Enrique Mera Ll. y el señor Néstor Mora A. están obligados a responder solidariamente de los valores que resulten en contra de Mora A., previa la liquidación respectiva, que se haga en juicio distinto con su intervención, y

"4° Por esto, se declara improcedente el punto segundo de la demanda.

"Costas comunes."

Ambos demandados apelaron de esa sentencia y el Tribunal Superior de Pasto, con el voto disidente del Magistrado doctor J. Clímaco Burbano, dictó el fallo de segunda instancia el diez y nueve de octubre del mismo año, confirmando el de primera instancia con costas a cargo del apelante.

Tanto el demandante como el demandado, doctor Enrique Mera Ll., interpusieron el recurso de casación que fue admitido y fallado por la Corte el diez y seis de noviembre de mil novecientos veintiocho, casando la sentencia recurrida por la segunda causal alegada por ambos recurrentes, en concepto de no hallarse la sentencia recurrida en consonancia con las pretensiones de las partes.

Devuelto el negocio al Tribunal de su origen, éste, el trece de abril de mil novecientos veintinueve, dictó el fallo correspondiente, con las siguientes declaraciones:

"1° Confirma los puntos primero y segundo del fallo de primera instancia."

Tales puntos eran del tenor siguiente:

"No probadas las excepciones propuestas.

"Que sólo entre los señores N. Mora A. y Julio Bravo existió el contrato de preposición o mandato comercial, celebrado el 30 de junio de 1916, sobre los almacenes de mercancías que el señor Bravo tiene establecidos en la ciudad de Túquerres y en el cual Mora A. contrajo obligaciones para el manejo de ese establecimiento."

Y continúa la sentencia del Tribunal:

"2° Reforma el punto tercero en el sentido de declarar, como declara, que los señores Néstor Mora Arellano y doctor Enrique Mera Ll. están obligados solidariamente a pagar al demandante, en el término de seis días, a contar de la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de quince mil setecientos treinta y ocho pesos, noventa centavos (\$ 15,738-90) moneda de plata, o sea la cantidad de siete mil ochocientos sesenta y nueve pesos, cuarenta y cinco centavos (\$ 7,869-45), oro legal, con los intereses del uno por ciento mensual desde el 15 de agosto de 1918, y

"3° Revócase el punto cuarto y en su lugar se declara que los quince mil setecientos treinta y ocho pesos noventa centavos plata, o sea los siete mil ochocientos sesenta y nueve pesos cuarenta y cinco centavos (\$ 7,869-45) oro, son el monto del alcance que sufrió el señor Néstor Mora Arellano, en la administración y manejo de un almacén de su comitente, señor don Julio Bravo, establecido en la ciudad de Túquerres. Costas comunes."

Haciendo valer su carácter de viuda y heredera del doctor Enrique Mera Ll., la señora Odilia H. v. de Mera interpuso el recurso de casación. El Tribunal lo concedió y la Corte lo admite.

Ante el Tribunal alegó la recurrente las causales primera y segunda del artículo 2° de la Ley 169 de 1896; pero su apoderado ante esta Superioridad, el señor doctor Pedro Posse Camargo, se limitó a alegar la primera de esas causales.

En apoyo de la segunda causal dijo la señora Adelia H. v. de Mera:

"La Corte ha devuelto el juicio, no para que el Tribunal dicte un fallo no deficiente, si que tan sólo para que decida en consonancia con las pretensiones de las partes relativas al punto 3° de la parte petitoria de la demanda; de suerte que, al resolver, como lo ha hecho, todos y cada uno de los puntos contenidos en el libelo del señor Bravo, ha incurrido en una flagrante extralimitación."

Es infundada esta acusación, toda vez que, como bien lo observa la parte opositora, casada la sentencia, lo que es decir, anulada, el Tribunal tenía que pronunciar un fallo nuevo en el cual quedaran resueltos todos los puntos que eran materia de la controversia.

Procede examinar ahora los cargos que, en representación de la misma señora, formula el doctor Posse Camargo, quien comienza así su acusación:

"Dispone el artículo 946 del Código de Comercio que el acreedor no podrá exigir del fiador el cumplimiento de la obligación afianzada, sin acreditar que ha requerido de pago al principal deudor.

"En el caso presente no se ha acreditado en ninguna forma que el acreedor, señor Julio Bravo, haya requerido de pago al señor Mora Arellano, así que no puede existir la obligación del doctor Mera Ll. El Tribunal Superior, a pesar de la disposición en cita y de la circunstancia de hecho anotada, que reclamaba imperativamente la aplicación del precepto legal, condena al fiador al cumplimiento de la obligación, y al hacerlo, viola esa disposición, porque, siendo el caso de aplicarla, dejó de hacerlo desentendiéndose de ella.

"No puede sostenerse que el requerimiento de pago ordenado por la ley, esté reemplazado en el caso presente por la demanda, como lo insinúa el doctor Rodríguez Piñeres, porque doctrina de vieja data en esa Suprema Corte, es la que tal postulado es jurídicamente inaceptable, siendo de notar que esta doctrina se estableció por la Corte, en juicio en el que apersonaba a la parte que la sostenía, el propio distinguido abogado que en esta causa representa al demandante y que sostiene en la actualidad teoría contraria a la que entonces sostuvo.

"Menos puede sostenerse que tal requerimiento no debe ser judicial porque, aparte de otros argumentos, el artículo 2373 del Código Civil dice que 'la fianza comprende los accesorios de la deuda, como los intereses, las costas judiciales, las de la intimación que en consecuencia se hiciere al fiador....' Expresiones éstas, que no dejan la menor duda respecto al carácter judicial del requerimiento de pago a que se refiere el artículo 956. Sabido es que los casos no previstos en el Código de Comercio se rigen por el Código Civil; y que los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modos de extin-

guirse y su prueba, son aplicables a las obligaciones mercantiles (artículos ... y 182 del Código de Comercio).

"Además, como la obligación de pagar el saldo o alcance deducido no tenía plazo alguno en el primitivo documento, el de 1916, no puede considerarse que el fiador esté en mora, por cuanto que no se ha cumplido para con él ninguno de los eventos previstos en el artículo 1608 del Código Civil, texto legal éste que fue quebrantado por el sentenciador al considerar al doctor Mera Llorente en mora de cumplir con sus obligaciones y condenarlo a pagar determinada suma de dinero, con prescindencia absoluta de lo que tal disposición ordena.

"Esto por lo que hace a la condenación en cuanto ella pueda considerarse fundada en el primitivo documento, en cuya apreciación incurre el Tribunal en error de hecho y de derecho, porque ha considerado ese documento bastante a obligar al fiador Mera Ll. a pagar dentro de seis días de ejecutoriada la sentencia, la suma a que la propia sentencia le condena; sin haber cuenta de que el condenado no está en mora de cumplir esa obligación."

El artículo 956 del Código de Comercio que se dice violado, está derogado y reemplazado por el 16 de la Ley 26 de 1922, por la cual se reforma el Código de Comercio, que dice:

"El artículo 956 quedará así:

"La fianza de una obligación mercantil, salvo estipulación en contrario, no dará derecho al fiador para oponer al acreedor el beneficio de excusión."

Pero si lo que se alega es que la demanda fue propuesta bajo la vigencia de aquella disposición (la del artículo 956), que consagraba un derecho en cabeza del fiador, cual era el de que no se le exigiera el cumplimiento de la obligación sin que se acreditara que se había requerido de pago al principal deudor, cabe observar que ello sería pertinente si este juicio tuviera por objeto la ejecución de la obligación contraída por el fiador, como si tratándose de un pagaré de plazo vencido se tratara de hacerlo efectivo contra el fiador sin previo requerimiento de pago hecho al principal deudor; pero en el caso de este juicio, lo que pide el demandante, con relación al doctor Mera Ll., es: 1º, que se declare que éste contrajo la obligación de responder, solidariamente con Néstor Mora A., de todos los valores que éste recibiera del demandante en el curso de la negociación de que se ha hablado; 2º, que de los valores recibidos por Mora A., bajo la fianza del doctor Mera Ll., resultó un saldo a cargo de éste por valor de \$ 15,738-90; y que Mora A. y Mera Ll. están solidariamente obligados a pagarle ese saldo con los intereses corrientes en el término que señala la ley. No se trata, pues, de exigir el cumplimiento de esa obligación, sino que apenas se somete a discusión la existencia de ésta y se pide su reconocimiento, previa la comprobación correspondiente. No es, pues, el caso que contemplaba el artículo 956 del Código de Comercio; pero en el supuesto de que esa disposición sí fuera aplicable al caso que se estudia en este juicio, en lo referente al doctor Mera Ll. habría de observarse que éste, ni en la contestación a la demanda ni en ninguna de las instancias del juicio, ha situado su defensa en ese terreno; que esa cuestión no ha sido materia del debate; y que, por consiguiente, hoy no puede hacerse valer—en este estado del juicio—como motivo de casación.

Seguidamente dice el recurrente:

"Ahora bien: si la condenación se funda en el segundo pagaré, esto es, el suscrito por Mora Arellano en 1918, muy menos puede condenarse al fiador fundándose en lo que tal pagaré reza, porque tal documento no está suscrito por el doctor Mera Ll., ni presta mérito alguno contra él mismo como se verá en el curso de este escrito, bien que, para fundar la acusación por el aspecto en que vengo ocupándome, basta anotar que el pagaré citado contiene la estipulación de que el saldo en él reconocido debería pagarse en las siguientes condiciones:

"\$ 4,000, el 15 de noviembre de 1918.

"\$ 5,521-55, el 15 de febrero de 1919.

"\$ 2,000, el 15 de agosto de 1919.

"\$ 2,217-35, el 15 de abril de 1920.

"\$ 2,000, el 15 de agosto de 1920."

"La demanda fue presentada el 24 de noviembre de 1919 y a la fecha faltaban por vencerse los dos últimos plazos, y a pesar de ello se demanda y el Tribunal condena por el total, incurriendo en error de hecho y de derecho en la estimación de la prueba resultante del mencionado pagaré, porque a pesar de su texto claro y preciso y de aparecer de él que la obligación que contenía no estaba vencida y no era por ende exigible, condena al demandante a pagar el total de lo que tal documento dice que debe, violando, como consecuencia de estos yerros, los artículos 1551 y 1553 del Código Civil, disposiciones que dejó de aplicar el sentenciador siendo el caso de hacerlo.

"Y no se diga que el fallo debe situarse en la época de la contestación de la demanda, como lo pretende el doctor Rodríguez Piñeres, porque es elemental en esta materia que el demandante debe tener la plenitud del derecho que pretende a la época de la demanda, y que si entonces carece de él, no puede la sentencia reconocerlo. Muchas y muy constantes son las doctrinas de la Corte Suprema a este respecto.

"Deduciéndose claramente del documento suscrito por Mora Arellano en el año de 1918 la no exigibilidad de parte de la obligación demandada, el Tribunal Superior debió declarar probada la excepción de petición antes de tiempo, en la parte en que tal cosa ocurría; así se lo ordenaba perentoriamente la disposición contenida en el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, que también fue violada por el Tribunal por no haberlo aplicado al caso del pleito, habiendo debido aplicarlo, como lo dejo demostrado."

Como claramente lo da a entender el recurrente, toda esa acusación es condicional, para "si la condenación se funda en el segundo pagaré, esto es, el suscrito por Mora Arellano en 1918," pero como la condenación no se funda ni podría fundarse en ese pagaré, que ni siquiera está mencionado en el libelo de demanda, ni el demandante lo adujo como prueba, sino en el documento de 30 de junio de 1916 y en todas las pruebas que obran en el proceso en relación con lo que reza ese documento, el cargo carece de fundamento.

A continuación, en otro capítulo de la demanda, dice el recurrente:

"Para llegar a la consecuencia de la responsabilidad y consiguiente condena del fiador doctor Mera Llorente, el Tribunal razona así:

'A la luz del derecho civil, la fianza es un contrato accesorio en que una tercera persona garantiza la ejecución de una obligación, comprometiéndose a pagar si el deudor no lo hace, y según la doctrina del artículo 2363 del Código Civil, puede afianzarse no solamente una obligación presente sino una obligación futura; por eso dice el comentador del Derecho Civil colombiano, doctor Fernando Vélez: 'Afianzar una obligación futura, consiste en que el fiador responda de lo que pueda llegar a deberse.'

'Y confirma el concepto del comentador citado, lo que a diario ocurre con las fianzas personales que se otorgan para garantizar a los empleados de manejo. Al hacerse cargo el empleado de una oficina de manejo nunca es deudor del Tesoro, pero el fiador que ha dado dicho empleado, queda, por el contrato de fianza, obligado a responder por cualquier alcance que el empleado sufra en el desempeño de su cargo.

'Y no se diga que repugna que el fiador pudiera ser obligado a responder por el valor de un alcance deducido en una liquidación en que no ha intervenido el fiador, pues ya se ha visto que cuando un individuo asume la responsabilidad de deudas futuras de que otro puede ser responsable, por la misma naturaleza de su obligación está atenido a las resultas de una ulterior liquidación.'

El recurrente prescinde de uno de los párrafos aquí transcritos, pero la Corte lo estima necesario para precisar los conceptos del Tribunal, refiriéndose a los cuales dice el recurrente:

"Los conceptos anteriores son la única base del fallo en estudio por lo que hace a la naturaleza y extensión de las obligaciones que contrajo Mera Llorente, y de ellos aparece manifiesto el error de derecho en que incurrir el sentenciador al estimar la prueba resultante del contrato celebrado en 1916, porque, según lo transcrito, para el Tribunal basta que una persona afiance deudas futuras para que tenga que estar atendida a las resultas de una liquidación posterior, no importa que sea hecha sin su anuencia.

"Tal error se tradujo en la condenación que se hace a cargo del fiador en la parte dispositiva del fallo, por la razón muy sencilla de que al doctor Mera Llorente se le condena a pagar una cantidad cuyo monto se fijó entre el administrador y el patrón, sin intervención alguna de su parte.

"El yerro anotado consiste, pues, en la extensión que da el Tribunal al contrato de fianza en el sentido de hacerlo bastante a obligar al fiador al pago de sumas deducidas entre el acreedor y el principal obligado sin anuencia y cita del fiador y sin que a éste se le haya comprobado ese monto debidamente.

"La acusación anterior se complementa adelante, al estudiar la ninguna eficacia que las pruebas aducidas a este proceso tienen para establecer esa obligación a cargo del doctor Mera Ll.

"Como consecuencia de esta errónea interpretación del contrato se extralimitó también el sentido y alcance del artículo 2363 del Código Civil, porque en él se funda también el Tribunal para razonar como lo hizo y para llegar a la condenación de mi representado, sin que la letra ni el espíritu de la disposición en cita, den

asidero a consecuencia semejante, a la que no puede llegarse sin el quebrantamiento de la misma.

"Que tal es el yerro del Tribunal y la anotada extensión que dio al contrato y al artículo 2363 citado, lo está diciendo a voces la parte dispositiva de la sentencia, que es en donde, a decir de esa Suprema Corte, debe buscarse y ser hallada la consecuencia del error que se imputa a la parte motiva del fallo, para que éste pueda infirmarse."

Se observa: caso de que realmente el Tribunal hubiera incurrido en yerro al estimar la prueba resultante del contrato de 1916, y en "errónea interpretación del contrato por lo que hace a la naturaleza y extensión de las obligaciones que contrajo Mera Llorente, tal error tendría que ser de hecho, o podría dar lugar a una acusación por violación directa de ley sustantiva, mas no por error de derecho, toda vez que, como lo tiene establecido la Corte, "éste no tiene cabida sino en el caso de que en la estimación de las pruebas, con las cuales se ha pretendido demostrar un postulado cualquiera, se haya contravenido al valor que la ley asigne a dichas pruebas." (Casación de 9 de julio de 1922. Gaceta Judicial, tomo XXIX, página 175, c. 2°).

No se ha demostrado el cargo de que el Tribunal en los conceptos aquí transcritos "extralimitó también el sentido y el alcance del artículo 2363 del Código Civil, equivocadamente citado por el Tribunal.

Por lo demás, cabe observar que es incuestionable que la obligación que del documento de 30 de junio de 1916 resulta a cargo del señor Mera Ll., es la de responder por todos los valores que Mora A. recibiera de Bravo en virtud del contrato en él contenido, y que al liquidarse el negocio dejara de entregarle a este último en existencia o en dinero. Es infundada esta acusación.

Seguidamente, como fundamento de una nueva acusación, transcribe el recurrente este otro paso de la sentencia:

"Hay otro aspecto del problema muy importante y consiste en la solidaridad de la fianza. La fianza por su naturaleza misma no es comúnmente solidaria, por lo mismo que ella proviene de un contrato accesorio, pero sucede muchas veces que, por voluntad expresa de los contratantes, suprema ley de los contratos, se da a la fianza el carácter de una obligación solidaria, lo que equivale en su naturaleza y en sus efectos a una fianza en que ha habido renuncia expresa de los beneficios de orden y excusión.

"Afirma categóricamente el Tribunal—objeta el recurrente—que la fianza solidaria, por el hecho de serlo, priva al fiador de los beneficios de orden y excusión; no hay en la legislación patria disposición legal ninguna que dé base a semejante tesis; el fiador, sea o no solidario, tiene derecho a los beneficios indicados, porque expresamente lo ordenan así los artículos 2383 y 2384 del Código Civil.

"Sostener lo contrario, es quebrantar directamente las dos disposiciones legales citadas, contra cuyo texto expreso va el Tribunal en los conceptos transcritos.

"Además, el Tribunal sentenciador al hacer las anteriores declaraciones, sostiene que en el caso presente se dio a la fianza el carácter de una obligación solidaria, lo que equivale en su naturaleza y en sus efectos a una fianza en que ha habido renuncia expresa de los beneficios de orden y excusión.

"Por el hecho de ser solidaria la obligación, no puede sostenerse que ella equivalga a la renuncia del beneficio de excusión; la renuncia de un derecho tiene que ser expresa, y hay verdadera y flagrante contradicción en los términos al considerar y sostener que por el hecho de obligarse en determinada forma, el obligado se entiende hacer una renuncia expresa de determinado derecho, máxime si se considera que tal argumentación no está respaldada por precepto legal alguno.

"De otro lado, sostener, como lo hace el Tribunal, que el doctor Mera Llorente tomó sobre sí una obligación solidaria, es decir, que se obligó como codeudor solidario, ya que es a éste a quien el artículo 2384, en su inciso 2º, niega los beneficios de orden y excusión, es incurrir en error de hecho evidente en la apreciación de la prueba resultante del documento suscrito en 1916, que obra a los folios 1 a 3 del cuaderno principal, porque en desacuerdo con su claro y preciso tenor, merced al cual el doctor Mera Ll. se obliga como fiador solidario, el Tribunal le da y asigna una calidad jurídica bien distinta, la de deudor solidario, que él no ha tomado en parte alguna, incidiendo al propio tiempo el sentenciador en error de derecho, por cuanto que da a ese documento una extensión y alcance que no tiene de conformidad con la ley.

"Estos yerros inducen la violación de los artículos 2383 del Código Civil y 2384 de la propia obra; del primero, por no haberse aplicado al caso del pleito, y del segundo, por aplicación indebida al propio caso, así como el quebrantamiento del artículo 2373 del Código citado, por cuanto se da a la fianza prestada por el doctor Mera Ll. una extensión mayor de la que tal artículo determina."

Se acusa la sentencia:

a) De violación directa de los artículos 23, 883 y 2384 del Código Civil, en cuanto allí se "afirma, categóricamente—al decir del recurrente—que la fianza solidaria, por el hecho de serlo, priva al fiador de los beneficios de orden y excusión";

b) De error de hecho evidente en la apreciación de la prueba resultante del documento suscrito en 1916, porque en desacuerdo con su claro y preciso tenor—dice la acusación—merced al cual el doctor Mera Ll. se obliga como fiador solidario, el Tribunal le da y asigna una calidad jurídica bien distinta, la de deudor solidario, que él no ha tomado en parte alguna; y

c) De error de derecho en la apreciación del mismo documento suscrito en 1916, por cuanto el sentenciador le da una extensión y alcance que no tiene, con violación del artículo 2373 del Código citado, y a ello se observa:

Como la fianza consiste en la obligación que una o más personas contraen de cumplir los compromisos estipulados por un tercero, en el caso de que éste no los cumpla en todo o en parte, si no hay más que un solo deudor y un solo fiador, y se expresa que éste se constituye "solidario y mancomunado," tal estipulación, para que pueda producir algún efecto, ha de interpretarse en el sentido de que el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal, esto es, que se constituye codeudor respecto del acreedor, obligándose solidariamente con dicho deudor al cumplimiento de los compromisos contraídos por él, sin perder por ello su

carácter de fiador respecto del deudor principal. Es éste el concepto que, en sentir de la Corte, ha consignado el Tribunal en el párrafo de la sentencia a que estos cargos se refieren; así lo confirma este otro párrafo de la misma:

"La firma del doctor Mera Ll. puesta al pie del documento en que figura la cláusula 10ª que acaba de transcribirse y en la que se hace referencia a su garantía, no es ni puede ser una fórmula vana y sin alcance práctico; por el contrario, el mismo doctor Mera dio a entender que calculaba exactamente y comprendía el alcance de sus responsabilidades, cuando exigió de su fiado lo respaldara, como en efecto lo hizo, con una caución hipotecaria. Esto lo confiesa el doctor Mera en una absolución de posiciones."

Como esta apreciación del Tribunal se ajusta a lo preceptuado en el artículo 1620 del Código Civil, no se justifica el cargo que se le hace de haber incurrido en errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba del contrato suscrito en 1916, por dar a ese documento una extensión y alcance que no tiene conforme a la ley.

Por lo que hace al cargo de violación directa de los artículos 2383 y 2384 del Código Civil, en cuanto dice el Tribunal "que sucede muchas veces que por voluntad expresa de los contratantes, suprema ley de los contratos, se da a la fianza el carácter de una obligación solidaria, lo que equivale en su naturaleza y en sus efectos a una fianza en que ha habido renuncia expresa de los beneficios de orden y excusión," también es infundado, toda vez que este concepto relativo al beneficio de orden o excusión, no es ni puede ser fundamento del fallo, puesto que en este juicio no se trata de hacer efectiva la obligación, y, como bien lo anota el opositor, "a Mera Llorente y a sus causahabientes no se les ha perseguido en sus bienes, lo único que se ha hecho con ellos es obtener la fijación del saldo y el señalamiento de plazo para pagarlo; cuando se vaya a ejecutar la sentencia, repito, será cuando proceda lo relativo al beneficio de excusión. En el estado actual de la cuestión, ello es exótico, siquiera lo haya traído el Tribunal en la parte motiva de su fallo."

En el capítulo IV de la demanda consigna el recurrente varios razonamientos para sustentar la siguiente acusación:

"Al estimar el Tribunal sentenciador que con las pruebas allegadas a los autos se establece la responsabilidad del doctor Mera Llorente a pagar determinada suma de dinero, incurre en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las mismas, e incide consecuentemente en violación de disposiciones legales que paso a puntualizar.

"Con el documento suscrito en 1916 está acreditada la obligación contingente, ilíquida y abstracta del administrador del almacén de mercancías del demandante, señor Julio Bravo, pero tal documento no demuestra en ninguna forma la obligación de pagar determinada cantidad, y así las cosas, al estimarlo el sentenciador como base suficiente a establecer la responsabilidad del doctor Mera Ll. en relación con la determinada suma que se cobra de él en la demanda, incurre en error de hecho y de derecho a la vez, porque le da mayor alcance del que realmente tiene y porque confunde la prueba de la solidaridad con la prueba de la obligación que pretende

hacerse efectiva, violando a consecuencia de tales yerros los artículos 1608, 2361 y 2373 del Código Civil."

Ya se ha hecho notar que la efectividad de la obligación que el doctor Mera Ll. contrajo a favor de Bravo quedó sujeta a la contingencia de que al liquidar éste su negocio con Mora Arellano, resultara a cargo de este último un alcance sobre los valores que recibiera de su mandante. Llegado, pues, ese evento, la obligación resultante a cargo de Mora Arellano de pagar el valor de dicho alcance, quedó ipso facto, afianzada por el doctor Mera Ll., mancomunada y solidariamente. Así, pues, la obligación que para el fiador era contingente y abstracta antes de que se efectuara la liquidación, desde el instante en que ésta tuvo lugar, y se ha justificado, con citación del fiador en este juicio, que de ella resulta un saldo a cargo de Mora A., aquella obligación se hizo cierta, y se concretó en la de pagarle a Bravo el valor de dicho saldo. No es, pues, fundado el reparo que aquí se le hace a la sentencia.

"b) El segundo documento, dice también el recurrente, o sea el otorgado en 1918, tampoco es bastante a producir la obligación que el Tribunal impone al doctor Mera Ll. Tal documento es sólo la confesión hecha por el administrador de que adeuda determinada suma de dinero, y esa su confesión, de conformidad con lo prevenido en el artículo 574 del Código Judicial, solamente a él puede perjudicar; sostener su eficacia en contra de persona distinta del confesante, y tenerlo como prueba que perjudicara, para el caso del doctor Mera Ll., es incurrir en error de derecho y violar el precitado artículo 574."

Ya se ha dicho que ni la demanda ni la sentencia se fundan en el documento a que se refiere el recurrente en este punto de su alegato, y basta esa consideración para desechar este cargo.

"c) Los libros y planillas que se presentaron al juicio—dice este tercer cargo del capítulo IV de la demanda—fueron llevados al mismo, sin que se hubiese dado cumplimiento al precepto legal contenido en el artículo 946 del Código Judicial.

"El juramento ordenado por dicho precepto legal no se prestó, y por la expresa prohibición contenida en ese artículo, de tales pruebas no podía hacerse uso. Repetidas veces ha dicho la Corte Suprema de Justicia que comete error de derecho el Tribunal que aprecia como pruebas las que se hayan practicado sin las formalidades legales; de tal manera que al apreciar en el caso presente el Tribunal las planillas y libros de comercio presentados, incurrió en el error anotado, y violó consecuentemente la disposición legal citada.

"Nótese que los libros presentados no tienen autenticidad alguna y que son libros en los cuales se llevaba la contabilidad de la Casa del señor Bravo, desde fecha muy anterior a aquella en que el administrador señor Mora Arellano se hizo cargo de la administración, así lo acusa el contenido de tales libros.

"Citado el señor Mora Arellano a petición del demandante para que reconociera la firma suya puesta al pie de las planillas o facturas que adujeron al juicio y para que declarase sobre la exactitud de las operaciones en ellas contenidas, manifestó expresamente que no le daba su asentimiento a la exactitud del saldo resultante de ellas, puesto que no se habían presentado los libros ma-

yor y copiador de facturas; así las cosas, al tener tales facturas como pruebas, se violan los artículos 692 y 735 del Código Civil, porque el primero ordena que en relación con los documentos privados, debe observarse la ley civil sustantiva, y ésta dispone, en el segundo de los artículos señalados como infringidos, que las facturas o minutas son pruebas en asuntos de comercio cuando las acepten los interesados; no habiendo aceptado el señor Mora A. tales facturas, no eran ellas admisibles como pruebas, y al declarar lo contrario, el Tribunal Superior dejó de observar lo que la ley sustantiva dispone, incurriendo en el quebrantamiento de las dos disposiciones anotadas. La no aceptación de las facturas por parte del señor Mora A. aparece de la diligencia que obra al folio 109 del cuaderno principal del juicio. Esta prueba no fue tenida en cuenta por el sentenciador para deducir de ella, como ha debido hacerlo, el valor probatorio que correspondía a las facturas o minutas de que he hecho mención, con lo cual incurrió en nuevo error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos y que produjo la violación de los artículos 692 y 735 ya citados."

Se considera:

En primer lugar, las incorrecciones en que pueda haberse incurrido con relación a lo preceptuado en el artículo 946 del Código Judicial, son cuestiones que debieron ventilarse en las instancias del juicio; pero si ello no se hizo en tal oportunidad, hoy no se puede hacerlas valer como motivo de casación. Ahora, en lo referente a los defectos de que adolezcan los libros de la casa sucursal del señor Bravo en Túquerres, que fue la que administró Mora Arellano, basta anotar que ni los peritos que actuaron en este juicio fundaron en ellos su dictamen, ni el sentenciador hace mérito de ellos en el fallo recurrido; y en cuanto a lo demás, se observa:

En la primera instancia se mandó tener como pruebas, entre otros documentos presentados por la parte demandante, ciento dos planillas firmadas por Mora Arellano y pasadas por éste a su principal, Julio Bravo, como administrador que fue aquél de la sucursal de mercaderías que tuvo a su cargo en la ciudad de Túquerres, y en las cuales está detallado con sus correspondientes comprobantes, el movimiento de caja de dicha sucursal durante su administración (de 1916 a 1918), con un saldo de \$ 15,738-90, en moneda de plata antigua, a cargo del demandado. Pidió la misma parte que Mora Arellano reconociera su firma puesta al pie de las referidas planillas, y que peritos contadores examinaran todos los elementos de esa cuenta y dieran su dictamen acerca de la exactitud de las operaciones allí descritas y sobre la realidad del alcance definitivo deducido a cargo de Mora A. En la diligencia de reconocimiento dijo Mora Arellano: "Reconozco todas y cada una de las firmas que aparecen al pie de las ciento dos planillas que se me ponen a la vista, demostrativas del movimiento de la Sucursal Julio Bravo, radicada en Túquerres, pero no reconozco los saldos, toda vez que para esto habría sido menester que se me hubieran presentado los libros copiador de facturas y el mayor para hacer con éstos una verificación."

Pero, en defecto de ese reconocimiento del saldo por parte del demandado, los peritos dijeron:

"En desempeño del cargo de peritos contadores nombrados por usted, señor Juez, y por parte del demandante en el juicio ordinario que el señor Julio Bravo sigue

contra los señores Néstor Mora A. y Enrique Mera Ll., por suma de pesos, ante usted exponemos: Hemos examinado detenidamente las 102 planillas, correspondientes al movimiento de la Sucursal en Túquerres del señor Julio Bravo, formuladas por el responsable de ésta, señor Néstor Mora A. y cuyas firmas que las autorizan han sido judicialmente reconocidas por su autor señor Mora, y comparadas con la cuenta detallada que se ha llevado en la Casa principal del señor Bravo, no se encuentra ninguna disparidad (sic) y por consiguiente son idénticos sus saldos.

"El movimiento general que ha tenido la Sucursal de Túquerres en los dos años que estuvo a cargo del señor Mora es el siguiente:

"Mercancías recibidas por el señor Mora, según inventario y con cuyo valor se inició la cuenta a su cargo.	\$	59,762 21
--	----	-----------

"Recibió en mercancías y dinero desde el 1º de agosto de 1916 hasta el 14 de agosto de 1918.		116,252 58
--	--	------------

"Sucursal.		80,578 32
--------------------	--	-----------

"Mercancías que entregó el señor Mora, según inventario.		70,222 18
--	--	-----------

"Valor de los créditos habidos en tiempo del señor Virgilio Ramírez y que no pudo cobrar el señor Mora.		9,475 39
---	--	----------

"Balance.		15,738 90
-------------------	--	-----------

"Sumas iguales.	\$	176,014 79	176,014 79
-------------------------	----	------------	------------

"Saldo a cargo de la Sucursal de Túquerres, o sea de su responsable, señor Néstor Mora A., de quien es fiador solidario y mancomunado el señor Enrique Mera Ll.	\$	15,738 90
---	----	-----------

"Por abonos verificados desde el 11 de septiembre de 1918 hasta el 29 de enero de 1919 (fecha de la última partida de los libros que se nos han presentado).		1,084 90
--	--	----------

"Saldo a cargo del señor Mora.		14,654 ..
--	--	-----------

"Sumas iguales.	\$	15,738 90	15,738 90
-------------------------	----	-----------	-----------

"En el saldo de \$ 15,738-90 plata está incluida la suma de \$ 5,521-05, que corresponde a fíos que ha hecho el señor Mora sin ninguna autorización, porque según el documento de contrato que otorgó para manejar la Sucursal, 'las ventas serán—sin excepción—rigurosamente al contado.'

"Conforme al estudio indicado y a nuestro juicio, las operaciones descritas en la cuenta llevada en la casa principal del señor Julio Bravo y en su Sucursal de Túquerres, según las 102 planillas de que antes hicimos referencia, son exactas y comprobadas, y de consiguiente el saldo que ellas arrojan constituyen (sic) un alcance a cargo del responsable señor Néstor Mora A."

Como se ve, Mora Arellano no rechazó ni impugnó las planillas, sino que al contrario, reconoció su autenticidad, puesto que reconoció su firma que las autoriza, sin oponerle tacha alguna a su contenido; y si bien se negó

a reconocer el saldo de quince mil setecientos treinta y ocho pesos noventa centavos, que de esas cuentas resulta a su cargo; la falta de ese reconocimiento quedó suplida por el dictamen de los peritos que examinaron esas cuentas y de ellas dedujeron a cargo del demandado Mora A. un alcance líquido por el mismo valor que aquí queda expresado.

De todo lo dicho se deduce que tampoco es fundado el cargo que se examina.

En el capítulo V de la demanda de casación se acusa la sentencia de violación de los artículos 1576, 1690 y 1704 del Código Civil, cargo que desarrolla así el recurrente:

"La convención celebrada en 1918 cancela evidentemente la pactada en 1916; y en esa virtud las dos convenciones no pueden subsistir a un mismo tiempo, así dispone el artículo 1693 del Código Civil: 'Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.'

"La ocurrencia de los hechos anotados y de que da noticia el expediente, lleva a la imprescindible conclusión de que aquí se ha operado una novación del contrato primitivo, novación pactada entre patrón y administrador sin anuencia alguna del fiador. A mérito de ella el doctor Mera Ll. quedó libre y el señor Bravo no tiene contra él acción ninguna, por disponerlo así el artículo 1704 del Código Civil, que dice: 'La novación libera a los codeudores solidarios o subsidiarios que no han accedido a ella.'

"Para el Tribunal la nueva convención no implica novación de la anterior porque solamente se trata en ella de fijar en guarismos o en una cantidad determinada el valor del alcance y monto de los valores por los cuales debía responder Néstor Mora A., valores de los cuales él era responsable a mérito del contrato primitivo, y de facilitar el pago del saldo reconocido por el deudor, dentro de los mismos plazos convenidos en el primer contrato.

"Es manifiesto el error de hecho en que incurre el Tribunal en el análisis consignado en el aparte anterior; la segunda convención no se propuso aclarar nada de la anterior, sino por el contrario, su único fin fue el de ponerle término, como es evidente.

"Confunde el sentenciador de manera inexplicable los plazos convenidos en el pagaré suscrito en 1918, con el plazo señalado para la administración en el primitivo contrato de 1916. El término fijado en éste, nada tiene que hacer con el señalado en el segundo contrato para el pago de determinada suma de dinero. Aceptada la tesis que sostiene el Tribunal a este respecto, habría de convenirse en que, si el administrador hubiera puesto término, de acuerdo con el patrón, al contrato de mandato, después de un mes de iniciadas las operaciones, quedaría al administrador el plazo de tres años once meses para hacer ese pago, cosa que no puede aceptarse en forma alguna.

"Mediante esta errónea interpretación de las convenciones, el Tribunal vino a caer en el error de derecho de no ver que la nueva convención implicaba la cancela-

ción de la primera, cancelación que envuelve la novación tácita como lo establece el precitado artículo 1693. Por la adopción de tan erróneos razonamientos el Tribunal quebrantó el artículo 1704 del Código Civil.

"Dispone el artículo 1576 del Código Civil:

'La novación entre el acreedor y uno cualquiera de los deudores solidarios liberta a los otros, a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida.'

"Y el 1704 ya citado, agrega:

'La novación liberta a los codeudores solidarios o subsidiarios que no han accedido a ella.'

"Estatuye el artículo 1590 que la novación puede efectuarse: 1° Sustituyéndose una nueva obligación a otra sin que intervenga nuevo acreedor o deudor.'

"Es de todo punto evidente que el fenómeno de la novación se opera cuando se cambia el objeto de la deuda y que una obligación se sustituye por otra cuando se varia la naturaleza de la primitiva, hasta el extremo de que si la una era de carácter comercial y se sustituye por otra de índole civil, se efectúa la novación."

Para el examen de este cargo conviene rememorar previamente, cuál es la cuestión de hecho que lo motiva. Ya se vio al comienzo de este fallo que el 30 de junio de 1916 los señores Julio Bravo y Néstor Mora A. otorgaron un documento, suscrito a la vez por el doctor Enrique Mera Ll., en el cual se pactó lo siguiente:

"1° Mora A. se comprometió a administrar un almacén de mercadería que Bravo tiene establecido en Túquerres desde hace varios años, y que actualmente se halla a cargo del señor Virgilio Ramírez.

"2° La administración expresada se hará de acuerdo con los siguientes pormenores:

"a) Mora A. recibirá por riguroso inventario las mercaderías cuyos precios serán tomados de las facturas originales que Ramírez tiene en su poder. Cualquier error en este sentido, será de cuenta de Mora.

"b) Una vez recibida toda la mercadería clasificada y con los respectivos precios que se fijarán con etiquetas que puedan ser vistas por los compradores, procederá a la venta.

"c) Las ventas serán—sin excepción—rigurosamente al contado.

"i) Llevará un libro de ventas, en que apuntará diariamente y en el momento mismo las mercaderías que venda; un copiador de cartas; un libro de caja; uno de cargo y data para la cuenta general; uno de bodega, y los más que estime necesarios.

"j) En cada semana se enviará a la casa principal: el dinero de las ventas del almacén y lo de las ventas de la ferretería del señor Bravo, hoy a cargo del señor Guillermo Cerón; copia del libro de ventas de la semana; copia del movimiento de caja y de la cuenta general, todo con los comprobantes necesarios.

"3° Cobrará Mora A., judicial o extrajudicialmente, los créditos que la casa reciba de Ramírez, siempre que sean con documentos y de personas solventes, debiendo Bravo atender a los gastos de cobranza.

"4° Iniciará por sí o por medio de apoderado las ejecuciones que deba entablar la Casa, y de la misma manera adelantará las que se han intentado ya.

"5° Dirigirá e inspeccionará los trabajos del señor Guillermo Cerón, encargado de la ferretería, cuya responsabilidad moral asume.

"7° Este compromiso es por cuatro años, a partir de la fecha en que Mora A. se encargue del almacén, pero, en cualquier tiempo, Bravo podrá declararlo cancelado por causas justas, es decir, si Mora no cumpliera con sus deberes.

"9° Bravo pagará a Mora A. treinta pesos (\$ 30) mensuales fijos, y dos y medio por ciento (2½ por 100) de las ventas en el primer año, y en los tres años últimos, el porcentaje será del tres por ciento (3 por 100); el porcentaje será retirado mensualmente, previa liquidación aprobada de las ventas.

"10. Para responder de todos los valores que recibirá, Mora A. obliga todos sus bienes, y además da como fiador solidario y mancomunado al señor doctor Enrique Mera Ll., quien en prueba de aceptación, firma también el presente ante testigos, en Túquerres, a los treinta días del mes de junio de mil novecientos diez y seis, en dos ejemplares del mismo tenor.

"Néstor Mora A. — Julio Bravo—Enrique Mera Ll. Testigo, Mario Castillo—Testigo, Juan E. Salazar."

Como viene dicho, Mora A., en cumplimiento del ordinal j) de la cláusula 2° de ese contrato, rindió a Bravo las cuentas debidamente comprobadas del negocio a su cargo, correspondientes a 102 semanas, y al practicarse un inventario general, del 6 de julio al 14 de agosto de 1918, resultó en su contra un alcance por valor de \$ 15,738-90, en moneda de plata antigua, diferencia que no apareció en mercancías ni en dinero, y que en gran parte provenía de haber faltado Mora A. al cumplimiento de lo estipulado en el ordinal c) de la 2° cláusula del contrato, por lo que, de acuerdo con la cláusula 7° del mismo, se dio éste por terminado. Mora A. hizo entrega de los valores existentes en su poder; y, con fecha 15 del citado mes de agosto de 1918, firmó un documento en que reconoce a su cargo, por hallarlo conforme, el referido saldo que arrojó el inventario y se obligó a pagarlo en varios contados, documento suscrito únicamente por Mora A. con dos testigos, pero con la anuencia de Bravo, quien lo tomó como comprobante de la conformidad dada al saldo, según lo que manifiesta en las posiciones absueltas el 5 de mayo de 1920.

Es este documento el que hace valer el recurrente para afirmar que la convención de 1918 cancela evidentemente la pactada en 1916, que en esa virtud las dos convenciones no pueden subsistir a un mismo tiempo, y que al no reconocerlo así el Tribunal, incurre en manifiesto error de hecho, porque confunde "de manera inexplicable los plazos convenidos en el pagaré suscrito en 1918, con el plazo señalado para la administración en el primitivo contrato de 1916."

A esto se observa que no es exacta la afirmación de que la convención de 1916 fue cancelada por el pagaré firmado por Mora Arellano a favor de Bravo el 15 de agosto de 1918, ya que la cancelación de aquella convención, sólo provino del incumplimiento de Mora a lo pactado en algunas cláusulas del contrato, como la que le prohibía vender a crédito, y de lo estipulado en la cláusula 7°, según la cual Bravo podía declarar cancelado ese contrato si Mora dejaba de cumplir los deberes que éste le imponía. En el pagaré de 1918 sólo se hizo constar una circunstancia resultante de la cancelación de

aquella convención de 1916, esto es, que de ella resultaba un alcance a cargo de Mora A. por valor de \$ 15,738-90, en moneda de plata antigua. Es, pues, desconocer el problema que aquí se contempla el afirmar que la obligación resultante de la liquidación del negocio que Mora tuvo a su cargo y reconocida por éste en el citado pagaré de 1918, varió la naturaleza de la obligación que al mismo Mora le resultaba del contrato de administración firmado en 1916, porque "la primera era hipotética, contingente o abstracta: la responsabilidad indeterminada que pudiera deducirse de la administración de un almacén de mercancías, responsabilidad que mediante la liquidación final podría traducirse en la obligación de restituir efectos, pagar otros, etc., pero que entretanto no tenía el carácter de deuda líquida y concreta, y mucho menos de cierta suma de dinero."

En lo referente a la novación que se trata de hacer valer como base de esta acusación, conviene hacer notar que, como lo advierte el mismo recurrente al comienzo de este capítulo de su alegato, del documento de 30 de junio de 1916 no resulta que el doctor Mera Llorente afianzara el cumplimiento de las obligaciones que por medio de él contrajo Mora Arellano en lo concerniente a la prestación de sus servicios personales como administrador de los almacenes de Túquerres, pues su obligación como fiador solidario y mancomunado con el deudor Mora Arellano se contrajo, únicamente, a responder por todos los valores que éste recibiera, y de ello se desprende que, si bien es cierto lo que se aduce en apoyo de la tesis que sustenta el recurrente, que esa obligación, así contraída, "era hipotética, contingente o abstracta," puesto que su eficacia dependía de un acontecimiento futuro e incierto, cual era el de que al liquidarse el negocio llegara a resultar en contra del administrador Mora Arellano una diferencia entre los valores que éste recibiera de su principal y lo que le entregara en dinero y en existencias, es evidente que existiendo entre esa obligación contractual y la referida liquidación, una relación necesaria para la existencia de aquélla, tal liquidación constituía un elemento esencial de la convención, ya que de ella dependía la eficacia o la resolución de la obligación del fiador.

Mientras esa liquidación no tuvo lugar, la obligación pactada por el doctor Mera Llorente era "meramente hipotética, contingente o abstracta," pero una vez efectuada, ella se tradujo y concretó en la de satisfacer el saldo resultante a cargo del administrador Mora Arellano: fue entonces cuando adquirió eficacia la obligación estipulada a cargo del doctor Mera Llorente, en el documento de 30 de junio de 1916. Esta consideración excluye totalmente el concepto de que por medio de la mencionada liquidación que arroja un guarismo que señala el valor del alcance líquido y concreto, estimado en dinero, que deben pagar Mora Arellano y su fiador, se varió la naturaleza de la obligación. Tampoco puede tenerse en cuenta lo que reza el documento de 15 de agosto de 1918, suscrito por Mora A. reconociendo el saldo y obligándose a pagarlo en varios contados, toda vez que, como ya se ha hecho notar, el acreedor sólo aceptó ese documento como un comprobante de la conformidad de Mora A. con el saldo resultante en su contra, pero ni siquiera hizo mención de él al promover este juicio, que sólo tiene por objeto la comprobación de dicho saldo y de la responsabilidad solidaria de Mora A. y de Mera Ll., con audiencia de éstos, en juicio plenario. Es, pues, el fallo

que ponga fin a este pleito, el que dejará establecido si existió o no el alcance de que se trata, y, en caso afirmativo, cuál es su valor, y quién o quiénes deben responder de él.

De las consideraciones que preceden, se llega a la conclusión de que el Tribunal no incurrió en los errores de hecho y de derecho que le atribuye el recurrente en la apreciación que hizo de los precitados documentos de 1916 y 1918, para declarar no probada la excepción perentoria de novación propuesta por el demandado doctor Mera Llorente.

Se acusa la sentencia en el capítulo VI, de violación de los artículos 1708 y 1709 del Código Civil, por estas razones:

"Se dejó establecido—dice el cargo—atrás que el doctor Mera Ll. no se obligó en la convención suscrita en 1916, como coadministrador de los almacenes del señor Bravo, y que únicamente caucionó los valores que entraran en virtud de la administración al poder del señor Mora A., era, pues, un fiador o deudor solidario.

"El contrato de administración no estipulaba plazo alguno en orden al pago del saldo a cargo del administrador, el segundo concede plazos distintos para cada una de las partes en que se dividió el alcance aceptado por el señor Mora; si la concesión de plazos o la ampliación de los anteriores no constituye novación, si pone fin a las obligaciones de los fiadores, y como el doctor Mera Ll. era fiador del señor Mora A., su responsabilidad se extinguió en virtud de la convención de 15 de agosto de 1918, al tenor del artículo 1708 del Código Civil.

"El Tribunal sentenciador sostiene que no hubo tal ampliación de plazos, cuando dice:

"Lo de la ampliación del plazo, que también se ha invocado como modo de defensa para reclamar los efectos jurídicos de que trata el artículo 1708 del Código Civil, se ha estudiado ya en uno de los párrafos precedentes, y si esto no fuera suficiente, bastaría afirmar que los plazos de que trata el documento de 15 de agosto de 1918 quedan comprendidos en el plazo máximo de cuatro años, de que trata el documento de 30 de junio de 1916."

El párrafo a que alude el Tribunal y en el cual dice que ha quedado estudiado ya el punto relativo a la ampliación del plazo, es del tenor siguiente:

"Y si es verdad que para facilitar el pago de las sumas que quedó a deber Mora, se fijaron plazos, no hay ni siquiera la ampliación de un plazo, pues el de cuatro años señalado en el documento de 30 de junio de 1916 se refiere a la gestión o administración del almacén de Túquerres y no al plazo para pagar el alcance en caso de sufrirlo Mora, que, ni siquiera se previó en el aludido documento."

"El error del Tribunal Superior—sigue diciendo el recurrente—es palmario: de conformidad con lo establecido en el contrato de administración, el saldo que resultase a cargo del administrador ha debido cobrarse de éste inmediatamente después de terminado el contrato y previo el requerimiento legal del caso, pero no lo hizo así el patrón sino que, entendiéndose con el administrador, sin anuencia alguna del fiador, doctor Mera Ll., concedió a aquél un plazo de dos años, más o menos, para el pago del saldo aludido. Hay, pues, en los apartes transcritos en orden al punto que se estudia, un manifiesto error de hecho y de derecho en la interpretación

de los dos contratos, y en la confusión que se hace entre el término fijado en el primero para la administración, y el plazo fijado en el segundo para cubrir el alcance."

Se observa:

No incurrió el Tribunal en los errores de hecho y de derecho que le atribuye el recurrente en la interpretación de los contratos a que hace referencia al afirmar que en el documento de 15 de agosto de 1918 no hubo ampliación de plazo alguno fijado en el documento de 30 de junio de 1916, toda vez que—como bien lo hace notar el mismo recurrente al comienzo de este cargo,—“en el contrato de administración (esto es, en el documento de 1916), no se estipulaba plazo alguno en orden al pago del saldo a cargo del administrador”: allí no se estipuló más que un solo plazo, no para el pago de saldo alguno, sino para la duración del contrato de administración. Luego, si no había plazo estipulado en orden al pago del saldo, ¿cuál fue el plazo que se amplió, aumentó o acrecentó por medio del documento de 1918, produciendo el efecto de extinguir la responsabilidad del fiador, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1708 del Código Civil? Como es inconcebible la ampliación de lo que no existe, resulta infundada la acusación por este motivo.

En el capítulo VII se acusa la sentencia de violación de los artículos 1693, 1704 y 2373 del Código Civil; y, al efecto, razona de este modo el recurrente:

“El doctor Mora Ll. se constituyó fiador del señor Mora A. como único administrador de la Casa comercial del señor Bravo, y comprobado está en los autos que sin anuencia del fiador, el señor Mora designó un coadministrador que era pagado por el señor Bravo o por su Casa principal de Pasto, y no por la Sucursal.

“Este hecho da base a sostener que desde ese momento el contrato de administración fue modificado en manera profunda y sustancial, y como la fianza prestada por el doctor Mera Ll. no podía extenderse más allá de los términos precisos convenidos, ni a los desfalcos imputables al nuevo administrador, su responsabilidad se extinguió a mérito de la novación así verificada en relación con el contrato por él suscrito.

“No tocó este tema el Tribunal sentenciador, aunque sí lo hizo el juzgador de primera instancia y el Tribunal ha debido decidirlo; incurriendo por omisión tal, en el quebrantamiento del artículo 1693 del Código Civil, pues la variación del contrato introduce una verdadera novación, viniendo a quebrantarse el artículo 1704 ya citado y el 2373 del Código Civil, porque se da a la fianza una extensión más allá del expreso tenor de la misma, contrariando abiertamente la disposición últimamente citada.”

El artículo 1693 del Código Civil, cuya violación, en concepto del recurrente, produjo el quebrantamiento de los artículos 1704 y 2373 de la misma obra, establece que, “para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua. Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera.”

Dedúcese de lo establecido en este artículo que para que pudiera prosperar este cargo, sería necesario que se hubiera demostrado que las partes (Bravo y Mora A.) habían declarado novada la obligación, o que su intención de novar apareciera de modo evidente e indudable; pero como esto no resulta del expediente y no se ha acreditado la existencia de aquel hecho, el cargo carece de fundamento.

Por último, en el capítulo VIII de la demanda, se formula esta acusación:

“De la diligencia de posiciones absueltas por el señor Julio Bravo el 5 de mayo de 1920—dice el recurrente—cuya diligencia figura al folio 98 del cuaderno principal de este litigio, aparece la confesión hecha por el demandante de haber recibido varias sumas de dinero imputables al alcance deducido por el administrador y que se ha ordenado pagar al doctor Mera Ll.

“Así dice la diligencia antes mencionada:

“A la sexta: Es cierto que después del retiro de Néstor Mora A. de la Sucursal de Túquerres, la Casa ha recibido por medio de sus dependientes, varias cantidades en pago de los créditos abiertos a varias personas por Néstor Mora A., sumas que en realidad se agregaron al alcance y figuraron en el saldo como parte del valor por el cual otorgó el documento. En este estado, el señor Juez exigió al absolvente exprese las cantidades recibidas y las personas que las han pagado, el señor Bravo contestó que no podía precisar por no recordar al momento quiénes fueran las personas, ni cuánto el dinero que hayan cancelado; pero que recuerda vagamente que las sumas recibidas por créditos alcanzan a mil quinientos pesos oro más o menos, y que en el término probatorio exhibirá los datos exactos.” Leída la aprobó.

“Lo transcrito puntualiza con claridad meridiana y prueba con la más excelente de las pruebas, la de confesión, que el valor del alcance exigido por el demandante en la demanda y al cual obliga el Tribunal al principal y al fiador, había disminuido de manera considerable por pago efectivo de sumas imputables a la cantidad demandada; sin embargo el Tribunal Superior hizo caso omiso de esta prueba, no la apreció en forma alguna y pasando por sobre ella, condenó a mi representado a pagar la suma total demandada. Con lo cual incurre en error de hecho que aparece de modo evidente en los autos. Error que llevó al desconocimiento del artículo 51 de la Ley 105 de 1890, por cuanto no declaró probada la excepción de pago, en parte, de la obligación demandada, estando acreditado el hecho generador de la misma. Quebrantó también el artículo 1625 del Código Civil, cuyo texto establece claramente que las obligaciones se extinguen en todo o en parte: 1° Por la solución o pago efectivo. Nuevo fundamento éste, para que la Corte Suprema infirme el fallo en estudio.”

La Corte estima fundado este último cargo, pues es evidente el error de hecho en que incurrió el Tribunal al no haber apreciado la confesión del demandante en la respuesta que dio a la sexta posición que el recurrente hace valer como fundamento de este cargo, motivo suficiente para casar parcialmente la sentencia recurrida; y en la de instancia que ha de reemplazar a la que es materia de este recurso se ordenará la deducción de las cantidades recibidas por el demandante para cancelar los créditos abiertos por Mora A., y cuyos valores se

le cargaron a éste y hacen parte del saldo deducido a su cargo.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, en los puntos segundo y tercero de su parte resolutive, y en su lugar, e incorporando en este fallo la parte no casada de dicha sentencia, resuelve:

1º Confirmanse los puntos primero y segundo del fallo de primera instancia.

2º Revócanse los puntos tercero y cuarto de la parte resolutive de la citada sentencia, y en su lugar se dispone:

a) Que en la administración o manejo de los almacenes, así como del dinero procedente de las ventas de mercancías y de créditos antiguos de la Casa comercial del demandante Julio Bravo, cuyo cobro se le encomendó al demandado Néstor Mora A., sufrió un alcance de quince mil setecientos treinta y ocho pesos noventa centavos, en moneda de plata antigua, saldo que a su cargo arrojan las cuentas llevadas y rendidas semanalmente por el mismo Mora A.

b) Los señores Néstor Mora A. y doctor Enrique Mera Ll. están obligados solidariamente a pagar al demandante Julio Bravo, en el término de seis días, a contar desde la ejecutoria de esta sentencia, el valor del saldo expresado en el punto que precede, en moneda de plata antigua, o su equivalente en oro legal, con los intereses corrientes, pero deduciendo previamente de la suma allí dicha, las cantidades que dicho demandante haya recibido en pago de los créditos que abriera Néstor Mora A. como administrador de los referidos almacenes y que, cargados a su cuenta, figuran incluidos en el mencionado saldo que se dedujo a su cargo.

Costas comunes en la segunda instancia.

No hay lugar a hacer especial condenación a las costas de este recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio diez y seis de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

Un apoderado de la señora Sofía Uribe de Uribe, obrando ésta como guardadora de los menores Federico, Jaime, Darío, Paulo y Raúl Vázquez U., demandó al Municipio de Medellín para que, en sentencia definitiva, se declarase lo siguiente:

“Primero. Que los menores Federico, Jaime, Darío, Paulo y Raúl Vázquez U. son dueños del lote de terreno que el Municipio de Medellín tiene ocupado con parte de la Avenida de los Libertadores, situado en esta ciudad, y alinderado así: por el Oriente, con predio de los mismos menores, por un cerco de vallado construido por el Municipio; por el Norte, con la Avenida de los Libertadores; por el Occidente, con el río Medellín, y por el Sur, con la misma Avenida de los Libertadores, o con predios de Cástor Arango.

“Segundo. Que el Municipio de Medellín está obligado a entregar a los expresados menores o a su representante legal, el referido lote de terreno, dentro del término que se señale en la sentencia, o dentro del que determina la ley.

“Tercero. Que el mismo Municipio debe restituir a los mismos menores los frutos naturales y civiles de ese terreno, y no sólo los percibidos, sino los que los señores Vázquez U. hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo el terreno en su poder, en un lapso de tiempo de tres años, que es el tiempo mínimo que hace que el Municipio ocupá ese terreno, y en el que transcurra de hoy hasta que se haga la entrega.

“Cuarto. Subsidiariamente, y para el caso imprevisto de que no se hiciera la declaración del ordinal anterior, pido se declare que el Municipio demandado está en la obligación de restituir a los menores Vázquez U. los frutos del terreno de que se trata, percibidos desde la contestación de la demanda hasta que la entrega se verifique, y no solamente los percibidos, sino los que los menores hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si hubieran tenido el terreno en su poder.”

Hizo el apoderado esta exposición de hechos:

“1º El dos de abril de mil novecientos veinticuatro, por medio de la escritura número 596, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, el doctor Baltasar Ochoa adquirió, a título de compra, de la Sociedad de Vélez V. Hermanos, domiciliada en los Municipios de Segovia y Zaragoza, un lote de terreno llamado El Pantano, situado en esta ciudad y alinderado como se expresa en aquella escritura.

“2º Por muerte del doctor Ochoa, el referido lote de terreno pasó, al liquidarse el juicio sucesorio, al dominio de la señora Concepción Velilla de O., según la planilla que en esa sucesión se formó para pagar el pasivo.

“3º El diez de abril de mil novecientos quince, por medio de la escritura número 669, otorgada en la Notaría 1ª de Medellín, la señora Velilla de O. dio al señor Paulo E. Vázquez, en pago de una cantidad de dinero que le debía, el referido inmueble.

“4º Por muerte del señor Vázquez, ese terreno pasó al dominio de sus hijos menores Federico, Jaime, Darío, Paulo y Raúl Vázquez U., según la hijuela que a favor de ellos se formó al liquidar la sucesión de su padre.

“5º La Sociedad de Vélez V. y Hermanos, lo mismo que el doctor Ochoa y su viuda y don Paulo E. Vázquez y sus herederos, poseyeron el mencionado lote de terreno; y como surgieran diferencias entre los últimos y los herederos de don Pascual Gutiérrez, dueños de un predio colindante, sobre la línea divisoria de esos predios, los menores Vázquez U., por medio de su curador interino, hubieron de establecer contra los herederos de don Pascual un juicio de deslinde, que se siguió ante el Juez 2º de este Circuito, que lo era entonces el doctor Nicolás Vélez B., y que terminó con la diligencia de fecha trece de junio de mil novecientos veinticinco, que en copia figura entre los documentos acompañados a esta demanda.

“6º El Municipio de Medellín, no sé con qué título, quitó, desde hace tres años por lo menos, a los menores hijos de don Paulo E. Vázquez la posesión de un lote de terreno, que es parte integrante del que se viene hablando, y lo posee en la actualidad, ocupado con la Ave-

nida de los Libertadores. El lote ocupado y que posee el Municipio linda así:

‘Por el Oriente, con predio de los mismos menores, por un cerco de vallado construido por el Municipio; por el Norte, con la Avenida de los Libertadores; por el Occidente, con el río Medellín, y por el Sur, con la misma Avenida de los Libertadores.’

“7º Conocido por mí el hecho narrado en la primera parte del ordinal anterior me apresuré, como curador interino de los menores dueños del terreno ocupado por el Municipio y en cumplimiento de un premioso deber, a dirigirme al Concejo Municipal, pidiéndole que pusiera remedio a aquella anormal situación, bien devolviendo el terreno a sus dueños, o ya pagándoles el justo valor de él previa la transmisión que del dominio le hicieran en buena forma de derecho; pero el Concejo, no sé por qué razón, negó rotundamente mi solicitud, como consta en la nota oficial que acompaño.

“8º Con posterioridad a los hechos expuestos, la señora Sofía Uribe viuda de Vásquez fue nombrada curadora legítima de los menores Vásquez U., y yo, cumpliendo mi deber, al declinar el cargo con que se me había honrado por el Juez 2º de este Circuito, en lo Civil, di cuenta a la señora Uribe de la situación en que se hallaban sus pupilos en relación con el lote de terreno ocupado por el Municipio, y dicha señora, de quien soy apoderado para todo lo que a la tutela de los menores se refiere, me ha dado instrucciones para reivindicar el terreno de que se trata, pues ella no puede, ni legal ni moralmente, y por más grande que sea el interés que todos tenemos por Medellín, callar sobre el particular. Cumplir esas instrucciones es lo que me propongo en este memorial.”

Como causa o razón de la demanda, apuntó el hecho de haber sido privados los menores por el Municipio demandado del terreno de que se trata, y en cuanto al derecho, se refirió a las disposiciones del Título 12, Libro 2º, del Código Civil.

El Personero del Distrito rechazó la acción, y entre otras razones, manifestó ésta:

“Como ya se dijo, la Avenida de los Libertadores, frente al predio de la demandante, es anterior en su establecimiento a la fecha en que éstos adquirieron por herencia el fundo vecino, y anterior también a la compra que de esa propiedad hizo el doctor Baltasar Ochoa a los señores Vélez V. Hermanos, y aun al remate que de ese predio hicieron los últimos en el Juzgado 3º de este Circuito en lo Civil, el treinta y uno de marzo de mil novecientos catorce, y, por tanto, la propiedad fue adquirida con esa servidumbre, porque el señor Fabián Posada, anterior dueño de ella, no objetó y, por consiguiente, aceptó tácitamente la construcción de esa vía carretera por su predio, y por ende, conforme al artículo 739 del Código Civil, aplicable por analogía al caso presente, habiéndose construido tal camino a ciencia y paciencia del dueño del terreno, para éste recobrarlo debe pagar el valor invertido en esa construcción, como espaciosamente lo comenta el doctor Fernando Vélez en la página 105, tomo 3º, de su estudio sobre *Derecho Civil Colombiano*.”

El Juez 2º en lo Civil del Circuito de Medellín profirió el veinticinco de abril de mil novecientos veintiocho sentencia absolutoria del demandado.

Apeló el apoderado de la parte demandante y el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de veintinueve de agosto de mil novecientos veintinueve (en la cual

hubo un voto disidente), revocó la del Juez y, en consecuencia, declaró que los menores son dueños del lote demandado, le ordenó al Municipio la devolución de éste y lo condenó a pagar los frutos naturales y civiles.

Interpuso recurso de casación el Fiscal del Tribunal, asociado al Personero Municipal, y lo fundaron ante la Sala sentenciadora.

El Municipio constituyó aquí un apoderado especial, quien presentó una demanda de casación.

La Corte admite el recurso por hallarlo dentro de las condiciones legales en orden a la naturaleza y cuantía del juicio, y procede a decidirlo.

En cuanto los dos memoriales coinciden, la Corte estudiará el presentado ante ella, por estimar que en esa parte sustituye al primero.

El señor Fiscal alegó la cuarta causal del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, diciendo al efecto:

“La demanda trata de reivindicar una parte del camino o calle pública llamada Avenida de los Libertadores, que, según la demanda, está usando el público (la parte que se reivindica). De acuerdo con el artículo 674 del Código Civil, se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público. Como consecuencia de esto, la Nación ha debido ser la parte demandada y, por lo mismo, el Tribunal Superior no es competente para resolver en segunda instancia este litigio.”

Para la Corte es improcedente esta causal. El demandado es el Municipio y a él se le llamó a juicio ante Juez competente, que era el del Circuito de Medellín, con arreglo al numeral 1º del artículo 113 del Código de Organización Judicial. Ahora: si el responsable de la acción ejercitada no es el Municipio sino la Nación, el punto, que entraña una excepción, es materia propia de la primera causal.

Esta es la que aduce el apoderado ante la Corte y la funda en varios extremos.

En primer término, alega la violación del artículo 952 del Código Civil, conforme a cuyo contenido la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor.

Impugna estos párrafos de la sentencia:

“Conviene ante todo decir que la parte actora logró establecer, mediante las pruebas traídas a esta instancia (véanse declaraciones de folios 6 a 9 del cuaderno respectivo), que el Municipio demandado, por medio de sus representantes, ocupó la faja de terreno que alinda la demanda, para la construcción de la calle denominada Avenida de los Libertadores, y que esa calle está dada al servicio público por la misma entidad.”

“No cree la Sala, como lo pretende el señor Fiscal de esta corporación, que para establecer la posesión, en el caso de este juicio, sea necesario prueba especial, ni indispensable acreditar, por medio de documentos oficiales, el carácter municipal de la vía.”

De estas transcripciones aparece que, en sentir del sentenciador, bastan simples declaraciones de testigos para acreditar que un Municipio, por medio de su representante, ocupó una faja de terreno en calidad de calle municipal, que la entidad municipal dio al servicio público tal calle y que, en consecuencia, contra él procede la acción reivindicatoria. Empero, con esto el Tribunal incurrió en un error de derecho en la apreciación de tales declaraciones, porque, al tenor del artículo 682 del Código Judicial, no es admisible la prueba testimo-

nial para comprobar hechos que deben constar por documentos o pruebas preestablecidas por las leyes, tales como los actos administrativos de que debe haber constancia en las oficinas públicas. La prueba testimonial, con arreglo al artículo 683 ibídem, procede solamente cuando se justifique de un modo pleno la falta absoluta de pruebas preestablecidas o escritas, justificación que no presentó la parte actora. La violación de que se trata condujo al Tribunal al quebrantamiento del susodicho artículo 952 del Código sustantivo.

Añade el apoderado que, en el supuesto de que el Tribunal hubiera considerado que el Municipio ocupó la faja, dio al servicio la calle y se constituyó en poseedor de ella, estimando al propio tiempo que esos actos administrativos no son de aquellos de que deba haber constancia en las oficinas públicas, tal apreciación implicaría siempre un error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas (declaraciones citadas por la sentencia), ya que en relación con esta clase de actos sí deben existir documentos oficiales escritos, una vez que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4° de la Ley 97 de 1913, corresponde a los Concejos disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y arreglo de calles de las poblaciones y caseríos, y de esas determinaciones ha de quedar necesaria constancia escrita, si quiera en forma de simples actas, de las cuales debe llevar un libro el Secretario, por ministerio del artículo 162 del Código Político y Municipal.

"Y este error en la apreciación de las pruebas llevó al Tribunal a violar el artículo 952 del Código Civil, por estimar probado el carácter de poseedor por parte del Municipio y admitir en tal virtud la acción reivindicatoria contra él, siendo así que tal prueba no existe en autos. Si el Tribunal no hubiera incurrido en ese error, necesariamente habría tenido que absolver a la parte demandada."

Se observa:

Es cierto que, de conformidad con el mencionado artículo 4° de la Ley 97 de 1913, el Concejo debió disponer la apertura de la avenida, si tal sucedió después de la vigencia de esta Ley, y que de la disposición debió dejarse constancia, o en un acuerdo o al menos en un acta. Es lo más probable que semejante apertura no se decretó por escrito y el demandante descuidó traer un certificado acerca de ello.

Empero, se comprende que el Tribunal, en los párrafos acusados, quiso referirse a la posesión como hecho, es decir, a las circunstancias materiales de haber ocupado el Distrito la faja y haberla puesto al servicio público.

El sentenciador no ha desconocido las disposiciones de los artículos 682 y 683 del Código Judicial, sino que afirma que, en el caso de este juicio, no era necesaria prueba especial preconstituída. Para aceptar la testimonial, estatuye el artículo 683 que se justifiquen los motivos por los cuales han desaparecido las constancias escritas. Luego bien pudo pensar el Tribunal que si no desapareció el decreto, orden o resolución sobre apertura, precisamente porque no se hubiera proferido por escrito, era dable aceptar directamente unas deposiciones de testigos con el fin de tener como establecido el hecho de la posesión material, derivado de haber el Distrito ocupado la faja y dándola al servicio público, trocada en avenida. Si así no fuera, quedaría imposibilitada la prueba de la posesión material en los casos de que las entidades oficiales, pretermitiendo la tramitación previa por escrito, tomen de hecho la propiedad de los particulares. No prosperan, por tanto, estos cargos.

Otro motivo expuesto por el apoderado estriba en que, aun en el supuesto de la inadmisibilidad de los artículos 682 y 683 del Código de Procedimiento, aparecería siempre que el sentenciador incidió en un error de hecho y de derecho en la apreciación de las declaraciones. Con arreglo al artículo 636 del Código Judicial, en ningún caso hace fe el dicho de un testigo si él no expresa clara y distintamente el medio como ha tenido conocimiento de los hechos que afirma o de que manifiesta tener conocimiento, y si de esa expresión no resulta que el testigo declara de propias y directas percepciones. Los testigos dicen en este pleito que el Distrito destinó la faja para la Avenida de los Libertadores, que la ocupó, que hizo construir un cerco, etc.; pero como el Municipio es una persona moral o ficticia, no se explica el recurrente cómo hicieron ellos para verlo en semejantes actividades. Se objetará que no vieron al Municipio, pero si vieron a sus empleados actuando a nombre de él; mas entonces surge la cuestión de cómo supieron que tales empleados obraban a nombre de la entidad y no a nombre propio, y cómo supieron legalmente que eran empleados, cuando al tenor del ya citado artículo 682 del Código Judicial, debe consistir en una prueba escrita la de ser o haber sido empleado público un individuo. Pues bien: tales errores en la apreciación de las pruebas, consistentes en las declaraciones mencionadas, llevaron al Tribunal a la violación del artículo 952 del Código Civil, al tener como poseedor de la faja al Distrito, siendo así que, como queda demostrado, aquellas declaraciones no acreditan suficientemente la posesión.

Se observa:

Aunque un Municipio es una persona abstracta, que no puede por ello ser vista materialmente, si es dable afirmar en sentido jurídico que cuando sus agentes obran a su nombre, con autorización suficiente, es él quien obra, pues de otra suerte a nada práctico conduciría la ficción legal de la personería de los entes colectivos. Respecto del resto de la objeción, cabe advertir que, en casos como el aquí controvertido, basta la publicidad de la obra y la notoriedad del carácter oficial de los agentes para que pueda aceptarse, sin temeridad, que determinado trabajo se ejecuta por cuenta de la entidad de quien dependen tales agentes. Cuando no se trata de empleados de la entidad, sino de peones y contratistas de ella, que no tienen carácter oficial, se puede llegar a la propia conclusión en virtud de la misma publicidad de la obra y del notorio y general convencimiento que haya acerca de que los operarios trabajan por cuenta y mandato de la entidad. Si rigurosamente hubiera de exigírseles a los ciudadanos el conocimiento del nombramiento y la posesión de los empleados públicos, se quedarían sin prueba muchos hechos, ora en el orden penal, ora en el civil.

Por esto no se admite el presente reparo.

El apoderado del Distrito acusa en segundo lugar la violación de los artículos 762 y 950 del Código Civil y 542 y 543 del Judicial.

Expone que la parte actora, en el hecho 6° del libelo, alegó que el Municipio había quitado a los menores hijos de don Paulo E. Vásquez la posesión del lote de terreno, lo cual fue negado por el Personero, quien contestó que el Municipio "no ha quitado de tres años a hoy, ni antes, a los hijos del finado Paulo E. Vásquez, la faja de terreno de que allí se habla; pues muchos años antes de adquirir dichos menores la propiedad, por herencia de su padre, de la faja de terreno a que este hecho alude, estaba abierta y dada al servicio público

en ese trayecto la Avenida de los Libertadores, de manera que el Municipio no cercenó en forma alguna el área de terreno que dichos menores heredaron."

Después, el mismo funcionario repite que la avenida, frente al predio de los demandantes, es anterior en su establecimiento a la fecha en que éstos adquirieron por herencia el fundo vecino y anterior también a la compra que de esa propiedad hizo el doctor Baltasar Ochoa a Vélez V. Hermanos, y aun al remate que los últimos llevaron a cabo en el Juzgado 3º del Circuito, el treinta y uno de marzo de mil novecientos catorce.

Por tanto—prosigue el recurrente—el actor estaba obligado a probar que fue a los actuales demandantes a quienes el Municipio quitó la posesión de la faja, o al menos, que la posesión de la parte demandada es posterior en todo caso a los títulos originarios aducidos para acreditar el dominio. Sostuvo el apoderado demandante que la ocupación de la faja por el Municipio se verificó después de la muerte de Paulo E. Vásquez y que el atropello se había consumado directamente contra los demandantes, es decir, afirmó que existía la posesión por parte del Municipio, y señaló la época en que había empezado: en tales circunstancias correspondía al actor probar plenamente cuándo había comenzado tal posesión por el Distrito, para que así quedara definitivamente establecido que los títulos de dominio por aquél exhibidos eran anteriores a la época en que comenzó la posesión del Municipio de Medellín, y que, por tanto, tenían valor contra la presunción de propiedad que da la posesión.

El sentenciador violó, pues, los artículos 542 y 543 del Código Judicial, que hacían de cargo de la parte actora la prueba en cuestión, y al violarlos, quebrantó igualmente el artículo 762 del Civil, según el cual el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo.

De aquí también resulta que el Tribunal incurrió en un error de derecho en la apreciación de los títulos presentados por el actor, de los cuales aparece la correspondiente relación en la demanda, una vez que esos títulos no comprueban por sí solos la propiedad de la faja de terreno, ya que tocaba a quien alegó la fuerza de ellos, demostrar que destruían la presunción de propiedad que trae consigo la posesión, por tener algunos de ellos, al menos, una fecha anterior a tal posesión.

Semejante error de derecho condujo al Tribunal a transgredir también el artículo 950 del Código Civil, que consagra la acción reivindicatoria a favor de quien tiene la propiedad de la cosa, ya que, fundado aquel cuerpo en los títulos referidos, que por lo visto no comprobaban el dominio, y en el artículo citado declaró procedente la acción en lugar de negarla.

Se observa:

Es verdad que en el hecho 6º de la demanda, fechada el diez y seis de marzo de mil novecientos veintiséis, se afirma que el Distrito quitó "desde hace tres años, por lo menos," a los menores Vásquez la posesión del lote que se reivindica, y la parte actora encaminó sus pruebas, que luego se examinarán, a establecer que esa privación ocurrió después de la muerte del señor Vásquez.

El demandante adujo los títulos de los menores, títulos que señalan el río Medellín como lindero occidental del predio, y, por consiguiente, abarcan la faja disputada. Tocaba al demandado contrarrestarlos, o con la presentación de algún título de mejor calidad o con la

prueba de que la posesión material en que se halla respecto de esa faja es anterior a los títulos de los menores. Las respuestas del Personero acerca de esto contienen la afirmación de un hecho (la prioridad de la posesión material del Distrito), que él estaba en el deber de acreditar, por ministerio del artículo 543 del Código Judicial, según el cual el que sostiene una cosa es el que tiene obligación de probarla, y semejante prueba no la suministró. De suerte que no anduvo desacertado el sentenciador al decir que "ningún título de adquisición ha presentado éste (el Distrito de Medellín) para justificar su dominio en el terreno: sólo explica, sin probarlo, que la faja discutida le fue cedida por el señor Fabián Posada."

La Corte estima, por lo expuesto, que el sentenciador no incidió en el error de derecho que se le atribuye, al apreciar los títulos, porque ellos prevalecen sobre la posesión material del demandado, ya que era de cargo de éste la prueba, que no dio, de que tal posesión material es anterior a aquéllos. De aquí que, por el aspecto que se contempla, no procede la violación de los mencionados textos de los Códigos Civil y Judicial.

Añade el apoderado que pudiera quizás alegarse, con el fin de llegar a la conclusión de que la posesión del Municipio es posterior a los títulos de los menores Vásquez, que el Tribunal tuvo en cuenta las declaraciones de los señores Arango, Mejía y Caballeros; mas si tal ocurrió, ello implicaría error de hecho y de derecho en la apreciación de esas declaraciones.

Los testigos en cuestión dan como explicación de que el Municipio ocupó la faja con la avenida después de la muerte de Paulo Emilio Vásquez, la de que "antes de establecerse tal avenida, el público transitaba por un callejón que existe todavía." Hay aquí un patente sofisma: el hecho de que el público transitara por un callejón, antes de abrirse la avenida, no prueba, en primer lugar, que sólo transitara por ese callejón, y mucho menos prueba que el Distrito hubiera ocupado la faja después de la muerte del señor Vásquez. Las declaraciones no se amoldan, pues, a las exigencias del artículo 636 del Código Judicial y el error de que se habla fue causa de que el Tribunal violara los artículos 762 y 950 del Código Civil y 542 y 543 del Judicial. La falta de valor de las declaraciones equivale a la falta de presentación de prueba alguna.

Se observa:

Declaró el señor Roberto Arango, por el conocimiento personal de la faja y de sus alrededores, que el Municipio la ocupó con la avenida después de la muerte de don Paulo E. Vásquez, pues antes de establecerse tal avenida, el público transitaba por un callejón, y que no sabe si fue el Municipio quien hizo construir el cerco actual. El señor Daniel Mejía depuso en iguales términos respecto de la ocupación, por el conocimiento del terreno y de los hechos, y aseveró que el Municipio hizo construir el cerco actual. Antonio J. Caballero, conocedor especial del terreno por haberlo cultivado durante mucho tiempo, según dice, expuso que el Distrito de Medellín ocupó la faja después de la muerte del señor Vásquez, pues antes de establecerse la avenida se transitaba por un callejón, y que el cerco fue construido por orden del Municipio, lo que declara por la notoriedad del hecho, y aunque el testigo no sabe cuándo fue construido, si expresa que fue después de la muerte de Vásquez. Fermín Caballero declaró, por el conocimiento personal del terreno y los hechos, acerca de la ocupación de la faja por el Distrito, después de la muerte de Vásquez, pues

antes de establecerse la avenida, el público transitaba por un callejón, y manifiesta ignorar quién mandó construir el cerco. Agregan los testigos que fue el Municipio el que dio al servicio público la Avenida o Paseo de los Libertadores, y ha seguido administrándolo.

Puede ser incoherente la razón de que antes de establecerse la avenida el público pasaba por un callejón con el aserto de que la ocupación de la faja se efectuó con posterioridad al fallecimiento de don Paulo E. Vásquez; pero los testigos se hallan acordes en el hecho principal, relacionado con esa ocupación después del fallecimiento; y esto es lo bastante para dar por acreditado semejante suceso, que era lo que el actor debía probar, de acuerdo con lo enunciado en el hecho 6° del libelo. Incumbía al demandado, cual ya se explicó, probar que la ocupación de que se trata la hizo el Distrito antes de la fecha de la hijuela de los menores y aun antes de la fecha de los otros títulos aducidos, para que la posesión material lograra sobreponerse a la posesión de derecho que se desprende de tales títulos.

Del motivo actual tampoco se siguen las violaciones legales que se acusan.

El señor apoderado del Distrito acusa, en tercer lugar, la violación de los artículos 764, 769, 770 y 965 del Código Civil, y explica así el cargo:

El Tribunal, al referirse a la restitución de los frutos, dice que la falta de título por parte del Municipio lo constituye poseedor de mala fe; y esta aseveración quebranta el artículo 769, conforme al cual la buena fe se presume, y el artículo 764, que establece que el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular, es decir, sin justo título, lo que corrobora el artículo 770. La sentencia desconoce y contradice la presunción legal de buena fe en el poseedor, y tal hace por la falta de título, siendo así que, por el contrario, los mentados artículos 764 y 770, puestos en relación, reconocen que el poseedor sin título, que es irregular, puede perfectamente ser poseedor de buena fe.

"De la recta aplicación de las expresadas disposiciones habría resultado que, en el supuesto de que en realidad fuera procedente la acción reivindicatoria contra el Municipio, éste sólo podría ser condenado como poseedor de buena fe, y lo fue, sin embargo, como poseedor de mala fe. Aparece, por lo expuesto, patente el motivo de casación a que se contrae el presente capítulo."

Se observa:

Es inadmisile la aserción absoluta de que la falta de título en el poseedor arguye mala fe; y si la buena se presume y el poseedor irregular (y así hay que calificar a quien posee sin título) puede ser de buena fe, con arreglo a los citados artículos 764, 769 y 770 del Código Civil, no es dable sostener que el Municipio de Medellín es poseedor de mala fe por el mero motivo de carecer de título. Habría sido preciso que, en virtud de pruebas aducidas en el proceso, quedara desvanecida la presunción de buena fe, o, en otros términos, demostrada la malicia de la entidad demandada al obrar como obró; y el sentenciador no citó esas pruebas, sino que se limitó a decir que "la falta de título por parte del Municipio lo constituye poseedor de mala fe."

Adviértase que es operación ardua para el criterio del juzgador el calificar en cada caso la buena o la mala fe y, por lo mismo, no ha de llegarse a la conclusión rigurosa sin pruebas suficientes que destruyan la presunción legal de la buena fe. Ha dicho la Corte:

"Si muy difícil es para cualquiera poder apreciar la buena o la mala fe con que otro haya procedido en determinado caso, mucho más difícil y grave es para el juzgador hacer una apreciación rotunda en asunto tan delicado, que pertenece al fuero interno, y desprender de ella un fallo absolutorio o condenatorio, que puede resultar injusto. De aquí que, siguiendo los principios generales sobre benévola aplicación de la ley penal en caso de duda, y teniendo en cuenta la calidad de la persona, su buena conducta y antecedentes, acojan los jueces la disposición menos rigurosa para la condena al pago de frutos." (Casación de 30 de septiembre de 1924, tomo XXXI de la Gaceta Judicial).

Por lo dicho, estima la Corte que el sentenciador incurrió en la infracción legal que se acusa en el presente motivo y que es procedente casar esta parte del fallo; y para resolver en instancia, bastará acceder a la petición cuarta de la demanda, en la cual se considera al Municipio como poseedor de buena fe (artículo 964, inciso 3°, del Código Civil).

El señor Fiscal alegó subsidiariamente, en su memorial de interposición del recurso, la no aplicación de la Ley 38 de 1918, en sus artículos 1°, 7° y 8°, lo cual implica su quebrantamiento por omisión, "pues si la sentencia tuvo por establecido—que no lo está—que el Municipio por medio de sus representantes ocupó la faja del litigio, destinándola a prolongación de la Avenida de los Libertadores, y la dio al servicio público, ha debido aplicar esas disposiciones de la Ley 38 de 1918, puesto que en ese caso se trataría de una expropiación, fuera del caso previsto en el artículo 33 de la Constitución, llevada a efecto por órdenes o providencias de una autoridad administrativa."

Se observa:

La citada Ley hace responsables a la Nación, los Departamentos y los Municipios de las expropiaciones y de los daños causados en propiedad ajena por órdenes o providencias de sus respectivas autoridades, fuera del caso previsto en el artículo 33 de la Constitución, y les reconoce a los perjudicados el correspondiente derecho a ser resarcidos, dentro de los plazos que la misma Ley determina; pero ella no excluye el derecho de solicitar, por la vía judicial competente, la reivindicación de lo ilegalmente ocupado. Les concede a los damnificados una acción de indemnización, ejercitable ante las corporaciones del ramo contencioso administrativo, sin menoscabo de las acciones de derecho común, como la de dominio. Sería absurdo admitir que una expropiación ilegal, por el solo hecho de llevarse a cabo quedaba consumada jurídicamente, en términos tales que no le asistiera al agraviado otro recurso que el de pedir el pago de los perjuicios. Lo cual significa que la Ley mencionada no es aplicable en el actual juicio; fuera de que la cuestión no fue planteada en instancia, por donde en casación constituiría un medio nuevo, y como tal, inaceptable.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, infirma parcialmente la sentencia recurrida, o sea en lo relativo al numeral 3° de la parte resolutive, y en su lugar decide:

El Municipio de Medellín está obligado a restituir a los menores demandantes los frutos naturales y civiles del terreno ocupado, desde la contestación de la demanda, y no solamente los percibidos sino los que aquéllos

hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. El Municipio tiene derecho al abono de los gastos y al de las mejoras, considerado como poseedor de buena fe. Esto se determinará en juicio separado.

De los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal quedan vigentes y se incorporan en la presente sentencia, los siguientes:

"1° Declárase que los menores Federico, Jaime, Darío, Paulo y Raúl Vázquez U. son dueños del lote de terreno que el Municipio de Medellín ha ocupado con parte de la Avenida de los Libertadores, situado en esta ciudad, y alinderado así:

'Por el Oriente, con predio de los mismos menores, por un cerco de vallado construido por el Municipio; por el Norte, con la Avenida de los Libertadores; por el Occidente, con el río Medellín, y por el Sur, con la misma Avenida de los Libertadores o con predio de Cástor Arango.'

"2° Condénase al Municipio de Medellín a entregar a los expresados menores, o a su representante legal, dentro del término de diez días después de ejecutoriada esta sentencia, el referido lote de terreno.

"Sin costas."

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial y remítase el expediente al Tribunal de su procedencia.

JOSE MIGUEL ARANGO—Juan E. Martínez—German B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio diez y siete de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

En el juicio ejecutivo promovido en el Juzgado 2° del Circuito de Santa Marta, por Enrique E. Ceballos contra Clementina Hernández de Sales, por pesos, fueron embargadas unas hectáreas del terreno denominado Mamorón, situado en el Corregimiento de Gaira, Departamento del Magdalena. Hecho tal embargo, Fabio A. Durán introdujo demanda de tercería excluyente, para que se declarara que tiene mejor derecho que la ejecutada y el ejecutante al dominio del terreno. Adelantado el juicio de tercería, el Juez desató la litis, declarando que el tercerista Durán tiene mejor derecho que la ejecutada y el ejecutante, únicamente al dominio de los cultivos y frutos establecidos en el terreno embargado; que la ejecutada tiene mejor derecho que el tercerista al dominio del terreno, y que, en consecuencia, se excluyen del embargo aquellos cultivos y frutos, tomando razón de ello en la oficina de Registro respectiva.

Por apelación que interpuso el tercerista, el Tribunal confirmó el fallo de primera instancia. En seguida, el mismo tercerista interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, que lleva fecha catorce de noviembre último. Por auto de fecha treinta y uno de enero último, el Tribunal dispuso que, por cuanto de la demanda no aparecía determinada la cuantía del juicio, se determinara ésta por peritos, para saber si era el caso de conceder el recurso de casación.

Hecho el avalúo, y por cuanto dos de los peritos, principal y tercero, estimaron la cuantía de la acción en mil ochocientos cincuenta pesos (\$ 1.850) moneda legal, el Tribunal, en providencia que lleva fecha siete de mayo último, negó el recurso de casación. La parte agraviada ha ocurrido de hecho a la Corte para que se le conceda.

Ante esta Superioridad se dio al asunto la tramitación que le corresponde, de acuerdo con el artículo 904 del Código Judicial.

Para resolver, se considera:

Conforme al artículo 899 de la misma obra, "la parte que intente interponer un recurso de hecho, pedirá al Juez que denegó la apelación, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la denegación, una copia debidamente autorizada de la resolución apelada, de la diligencia de su notificación, del escrito por medio del cual se interpuso la apelación, y del auto en que se negó."

Esta disposición es aplicable a la denegación del recurso de casación, por no haber disposición especial sobre el particular que establezca otra cosa.

El tercerista señor Durán, en virtud de solicitud que hizo al Tribunal, con fecha de quince de mayo último, presentó copia de la sentencia dictada por el mismo Tribunal sobre el asunto de que se trata; copia del memorial en que interpuso el recurso de casación, y copia del auto en que se le negó dicho recurso; pero no pidió ni presentó copia de la diligencia de notificación del fallo recurrido. Faltando esta constancia, no puede saberse si el recurso de casación fue interpuesto en tiempo; pues si se tiene en cuenta la fecha del memorial respectivo, que es la de diez y ocho de diciembre del año próximo pasado (folio 10 de los autos), dicho recurso fue interpuesto treinta y cuatro días después de dictado el fallo respectivo por el Tribunal, y aun cuando es natural que se descuenten los días que transcurrieran entre la fecha del fallo y el día en que debió interponerse el recurso de casación y los necesarios para la notificación de dicho fallo, no puede saberse qué días hábiles transcurrieron entre aquellas dos fechas, para poder declarar que el recurso fue introducido en tiempo oportuno.

Conforme al artículo 905 del Código Judicial es, pues, innecesario entrar a examinar si la providencia sobre que versa el recurso de casación es susceptible de éste, porque faltando la constancia de su notificación, el recurso de hecho es inadmisibile, como allí se establece.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no admite el recurso de hecho, interpuesto por Fabio A. Durán en estas diligencias.

Notifíquese, cópiese, publíquese en el órgano de la Corte y archívense las diligencias.

JUAN N. MENDEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio diez y ocho de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Jiménez).

Vistos:

El doctor Aquileo Calle H., apoderado de Domingo A. Bedoya, en escrito de veinticinco de enero de mil novecientos veinticinco, que fue repartido al Juzgado 1° del Circuito de Medellín, expuso lo siguiente:

"1° Por escritura pública número 61, extendida ante el Secretario del Concejo Municipal de Heliconia, de fecha veintiocho de octubre de mil novecientos veintidós, los señores José Domingo y Rudesinda Bedoya vendieron al señor Domingo A. Bedoya la nuda propiedad sobre un lote de terreno con casa de tapias y tejas, mejoras y demás anexidades, situado en el paraje denominado Chuseal, jurisdicción del Municipio de Heliconia, cuyos linderos son: por el pie, con terrenos de Manuel José Soto R.; por un costado, con el mismo señor Soto R., hasta encontrar el camino de Armenia; por este camino, hasta encontrar propiedades de la señora María Jesús Vázquez de R., y de aquí, para abajo, hasta encontrar el primer linderó.

"2° En la dicha escritura se expresó que los vendedores se reservaban el usufructo de la finca, con la condición de que si moría primero el vendedor José Domingo Bedoya, el derecho de usufructo quedaría íntegramente en cabeza de la señora Rudesinda Bedoya de B.

"3° La señora Bedoya de B., en virtud de la condición estipulada en la dicha escritura número 61, de veintiocho de octubre de mil novecientos veintidós, extendida ante el Secretario del Concejo Municipal de Heliconia, al morir el señor José Domingo Bedoya quedó dueña del usufructo sobre la finca mencionada. Y en atención a ese hecho, la señora Bedoya de B. le vendió al señor Domingo A. Bedoya, mi poderdante, por medio de la escritura pública número 101, de veinticinco de noviembre de mil novecientos veinticuatro, extendida ante el mismo Secretario del Concejo de Heliconia, el referido derecho de usufructo.

"4° En mérito de las escrituras citadas, el señor Domingo A. Bedoya ha venido a ser dueño pleno del inmueble, cuya demarcación se especifica en el numeral 1° de los hechos fundamentales de ese libelo, inmueble que se conoce con el nombre de Morro Plancho, en la región en donde se halla situado.

"5° El señor Salvador de J. Bedoya, sin derecho alguno, prevaleciéndose de una tolerancia apoyada en vínculos de consanguinidad con mi mandante, se ha apoderado de la finca detallada en el numeral 1° de estos hechos, y hoy por hoy, se llama dueño de ella.

"6° El señor Salvador de J. Bedoya, hace poco más o menos tres años y medio que ejerce actos de dominio sobre la finca premencionada, actos de dominio consistentes en derribar montes, echar animales a pastar, habitar la casa de la finca, etc. Es conveniente advertir que el titulado poseedor, señor Bedoya, se ha apoderado del dominio de la finca paulatinamente, por grados, hasta cogerla toda.

"7° El señor Salvador de J. Bedoya es poseedor irregular; carece de justo título, y de mala fe se ha hecho dueño del inmueble que trato de reivindicar.

"8° El presunto demandado, poseedor arbitrario, le ha causado muy serios y cuantiosos perjuicios a mi poderdante, por razón de los frutos que ha cogido de la finca, desde que temerariamente despojó de su dominio al verdadero dueño de ella, señor Domingo A. Bedoya."

Apoyado en los hechos enunciados, el referido doctor Calle, en su carácter dicho, pide que mediante el trámite del respectivo juicio, se declare lo siguiente:

"Primero. Que el señor Domingo A. Bedoya es dueño del inmueble rural que se especifica en el numeral 1° de los hechos de esta demanda; inmueble a que se refieren

las escrituras números 61 y 101, de veintiocho de octubre de mil novecientos veintidós y veinticinco de noviembre de mil novecientos veinticuatro, respectivamente, extendidas en la Secretaría del Concejo Municipal de Heliconia.

"Segundo. Que el señor Salvador de J. Bedoya está en la obligación de entregarme la finca demandada con todos sus frutos, mejoras y anexidades, dentro del término que usted le fije.

"Tercero. Que el señor Salvador de J. Bedoya es poseedor irregular de la finca precitada, y que, por lo tanto, está en el deber de restituirla a su dueño, señor Domingo A. Bedoya, todos los frutos naturales y civiles que haya percibido por razón del dominio y explotación del inmueble demandado.

"Cuarto. Que se condene al demandado, señor Salvador de J. Bedoya, a pagar los costos y costas de la litis, si diere lugar a ella, ya que su temeridad es manifiesta, reteniendo indebidamente y de mala fe, la posesión del inmueble detallado en el numeral 1° de los hechos fundamentales."

Como fundamentos de la demanda citó los artículos 764, 770, 948, 950, 952, 954, 961, 962, 963, 964 del Código Civil, y 276, 864, 929 y siguientes, del Código Judicial.

El demandado no dio contestación a la demanda; pero en escrito de veinte de noviembre de mil novecientos veinticinco, propuso las siguientes excepciones:

"1° Nulidad del contrato de que habla la escritura número 61, pasada ante el Secretario del Concejo Municipal de Heliconia, el veintiocho de octubre de mil novecientos veintidós, que sirve de base al juicio de reivindicación mencionado.

"2° Falsedad del mismo contrato.

"3° Petición antes de tiempo y de un modo indebido.

"4° Simulación del contrato.

"5° Todo hecho por el cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió."

El Juzgado falló el pleito en sentencia de dos de agosto de veintiséis, así:

"1° Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el demandado.

"2° El señor Domingo A. Bedoya es dueño del inmueble de que tratan las escrituras números 61 y 101, de veintiocho de octubre de mil novecientos veintidós y veinticinco de noviembre de mil novecientos veinticuatro, respectivamente, otorgadas ante el Secretario del Concejo Municipal de Heliconia.

"3° Condenase al demandado, Salvador de J. Bedoya, a entregar al demandante, en el término de seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la finca demandada, con sus mejoras y anexidades.

"4° Condenaselo igualmente a pagar al demandante, dentro del mismo término, la multa de cincuenta pesos oro, por no haber dado contestación a la demanda.

"No se accede a las otras peticiones."

Esa sentencia, apelada por la parte demandada, fue confirmada por la del Tribunal Superior de Medellín, de treinta y uno de octubre de mil novecientos veintisiete, contra la cual, la misma parte apelante, interpuso

el recurso de casación, que le fue concedido por dicho Tribunal, y que la Corte admite.

Se invoca la causal primera del artículo 2° de la Ley 169 de 1896, fundándola en los siguientes motivos:

“Primer motivo. El señor Domingo A. Bedoya está ejerciendo en esta acción el derecho consagrado por el artículo 946 del Código Civil, puesto que pide la entrega de una finca determinada, alegando título de señor y dueño.

“Para que una demanda de esta naturaleza prospere, tiene resuelto la Corte, en varias sentencias, hay necesidad de que se compruebe por el actor que es dueño de la cosa que pide.

“Siguiendo este orden de ideas, el demandante pidió una declaratoria concisa sobre su derecho de propiedad en la finca que se trata de reivindicar, y el Tribunal, en la sentencia, buscando apoyo en las escrituras números 61, de veintiocho de octubre de mil novecientos veintidós, y 101, de fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos veinticuatro, otorgadas ambas ante el Secretario del Concejo Municipal de Heliconia (Antioquia), encontró que tales escrituras dan al demandante el dominio del inmueble demandado, ‘como que constituyen la tradición—dice—que es uno de los modos de adquirir propiedad (artículo 673 del Código Civil). Por medio de tales escrituras adquirió el actor de José Domingo Bedoya y Rudesinda Bedoya, a título de compraventa, el referido inmueble; de tal suerte que la acción intentada es procedente, conforme a los artículos 946, 947, 950 y demás concordantes del Código Civil.’

“Para establecer de modo evidente el error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar estas dos escrituras como probatorias del dominio pleno sobre las fincas, basta transcribir algunas de sus cláusulas:

“En la número 61 encontramos esta cláusula:

‘Que José Domingo y Rudesinda Bedoya, esposos entre sí, venden a Domingo A. Bedoya un lote de terreno, con casa de tapias y tejas, mejoras y anexidades; que le venden desde hoy el derecho de propiedad en el lote de terreno, y que se reservan expresamente el derecho de usufructo de lo que venden, y a habitar la casa antes dicha hasta su muerte, advirtiendo que si falleciere primero el vendedor, el derecho de usufructo que representa, pasará a la vendedora, y si falleciere primero ésta, pasará al comprador.’

“Sobre el lote de terreno materia del contrato, quedaron tres derechos reales:

“1° El del nudo propietario (artículo 669 del Código Civil);

“2° El del usufructuario (artículo 823 del Código Civil), y

“3° El del usuario o habitador, sobre la casa (artículo 870 del Código Civil).

“De acuerdo con la ley del contrato citado, y por mandato del artículo 1536 del Código Civil, la manera de consolidar Domingo A. Bedoya sobre su cabeza estos tres derechos reales, y adquirir así el dominio pleno sobre la finca, tal como se le reconoció en la sentencia, estaba sujeta al advenimiento de la condición suspensiva, consistente en la muerte del señor José Domingo Bedoya o de la señora Rudesinda Bedoya, en su caso.

“Para comprobar el cumplimiento de esta condición, nada más eficaz que traer a los autos, bien la prueba principal, bien la supletoria en su caso, sobre la muerte

del señor José Domingo Bedoya, y con este comprobante, que tiene carácter de plena prueba innegable, evidenciar la consolidación de los tres derechos reales dichos (nuda propiedad, usufructo y habitación) sobre la cabeza del demandante.

“En su lugar se trae a los autos la escritura número 101, de fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos veinticuatro, en la cual se lee lo siguiente:

‘Que vende (Rudesinda Bedoya, únicamente) al señor Domingo Antonio Bedoya B., varón, mayor de edad y vecino también de este Municipio, el derecho de usufructo que tiene de su propiedad en una finca territorial, etc.....’

“Y más adelante agrega:

‘Quinto. Que hubo lo que vende por haberlo reservado antes, al vender la expresada finca al mismo comprador, como consta en la letra b) de la segunda cláusula de la escritura número 61, de veintiocho de octubre de mil novecientos veintidós.’

“Si el Tribunal sentenciador siquiera hubiera leído esta cláusula escrituraria, indudablemente se habría abstenido de hacer la declaración sobre la propiedad perteneciente a Domingo A. Bedoya, puesto que sin estar comprobada la muerte de José Domingo Bedoya, mal podía su mujer adquirir el usufructo y luego transmitírselo a título de compraventa a su hijo Domingo A. Bedoya.

“Ha habido en la sentencia acusada un error de hecho manifiesto, al apreciar esa escritura como prueba de que el usufructo estaba consolidado con la nuda propiedad, sin constar en autos la muerte del causante, y aun cuando así fuera (aceptándolo en gracia de discusión), quedaba por fuera el derecho real de habitación, sobre una casa ubicada dentro de los linderos de la finca, puesto que tal derecho no se mencionó en la escritura, ni podía mencionársele, por estar prohibido por la ley la transmisión de tales derechos.

“Mas como pudiera alegarse o pensarse que en diversas partes de los autos, ya en posiciones, ya en interrogatorios de los testigos se menciona la muerte del causante José Domingo Bedoya, cabe advertir que el cumplimiento de esta clase de condiciones que afectan derechos de terceros sobre inmuebles, no se puede comprobar por medio de la confesión, puesto que no son hechos personales, ni esta clase de prueba puede servir para la comprobación de la muerte de un individuo, ya que la ley exige para estos casos pruebas y actos especiales, cuya carencia o ausencia, la misma ley señala la manera como deben suplirse, y en ninguna parte del Código Civil se encuentra que la prueba supletoria de la defunción de un individuo puede comprobarse con la confesión de las partes interesadas.”

Concluye el recurrente este cargo, acusando como violados por el sentenciador los artículos 1536 y 1602 del Código Civil y los artículos 947 y 950 de la misma obra.

Se considera:

Lo dicho en este cargo puede resumirse así: que el derecho de usufructo que Rudesinda Bedoya vendió al demandante, no le pertenecía exclusivamente a ella, sino en común con José Domingo Bedoya, pues sólo por muerte de éste vendría a ser única usufructuaria la vendedora; pero que, como no se ha demostrado por la prueba correspondiente la muerte de José Domingo Bedoya, hay que presumir la existencia de éste, y, por consiguiente, no se ha cumplido la condición suspensiva

expresamente estipulada para que Rudesinda Bedoya fuera única propietaria del derecho de usufructo que vendió al demandante, y que, como el Tribunal desconoció la existencia de esa condición suspensiva, violó las disposiciones citadas en este cargo. Pero observa la Corte que tal como se plantea el problema en esta acusación, lo que resulta es que Rudesinda Bedoya vendió cosa ajena; y como la venta de cosa ajena vale, menos contra el verdadero dueño de ella, que en este caso lo es únicamente José Domingo Bedoya, el demandado, que no representa los derechos de éste, no puede impugnar esa venta por el motivo alegado.

A este respecto dice el Tribunal:

"Obsérvese, además, que el demandado no ha pretendido siquiera deducir un derecho propio sobre la finca que trata de reivindicar. El derecho que alega puede pertenecer, como lo insinúa, a la sucesión de su padre, mas no excepciona a nombre de esta entidad, de una parte, y de otra, no comprobó su carácter de heredero para alegar con derecho la nulidad del contrato en su calidad de interesado, de acuerdo con el precepto del artículo 15 de la Ley 95 de 1890. Esta circunstancia le es fatal, como se ve, al logro de sus pretensiones."

Por todas estas consideraciones, estimase infundado este primer motivo. Lo referente al derecho de habitación será tratado al contestar el cuarto motivo, por estar allí formulado concretamente este mismo cargo con mayor claridad y precisión.

"Segundo motivo. Violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890:

"Para enervar la acción intentada—dícese en este cargo—el demandado opuso en tiempo oportuno la excepción perentoria de simulación del contrato, refiriéndose a las escrituras citadas, en las cuales aparece Domingo A. Bedoya (demandante), como comprador de la nuda propiedad, primero, y luego, del usufructo.

"Tal excepción comprobada, daría lugar a una declaración de nulidad absoluta con respecto a las tantas veces mencionadas escrituras de compraventa, según orden del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, cosa que no sólo no hizo el Tribunal, sino que las declaró no probadas, para lo cual se limitó a estudiar las pruebas referentes a la pobreza e incapacidad del comprador Domingo A. Bedoya, y las referentes al perjuicio (sic) cometido por el mismo al absolver las varias posiciones que le pidió el demandado, señor Salvador de J. Bedoya; sin embargo, dejó de apreciar pruebas concluyentes, e interpretó mal las estudiadas, incurriendo en errores de hecho, fácilmente comprobados dentro del expediente. Igualmente incurrió en errores de derecho, al apreciar el artículo 15 y negarle el interés al demandado y su calidad de heredero.

"Para mayor claridad separemos cada una de estas pruebas:

"1º Pruebas no apreciadas.

"En la escritura número 101, de veinticinco de noviembre de mil novecientos veinticinco, dice el demandante:

"Cuarto. Que desde hoy el comprador está en posesión de lo que adquiere en el presente título por entrega material que le hizo la vendedora, por los linderos demarcados."

"En el hecho número 6º de la demanda dice el mismo:

"El señor Salvador de J. Bedoya hace poco más o menos tres años y medio que ejerce actos de dominio sobre la finca prenombrada."

"Como la demanda tiene fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos veinticinco, la posesión de Salvador de J. Bedoya, según esta confesión del demandante, dataría desde los años de mil novecientos veintidós a mil novecientos veintitrés, y como la escritura tiene fecha noviembre de mil novecientos veinticinco, hay una evidente contradicción, que unida a las otras pruebas del expediente, demuestran la simulación de dicho instrumento, puesto que en él se afirmó una falsedad: el recibo material de la finca por parte de Domingo A. Bedoya, sin haberse ésta verificado.

"Otras pruebas son las siguientes:

"En las posiciones absueltas el día diez y seis de julio de mil novecientos veinticuatro por el demandante (folio 27 del cuaderno número 1º), encontramos esta pregunta y respuesta:

"2º ¿Diga cómo es verdad, sí o nó, que la enfermedad de nuestro padre era tan fuerte, hasta el extremo de que fue causa que le causara la demencia, y en toda esta enfermedad de los dos años sólo usted atendía a él, administrándole cuanto tenía, con excepción de la finca llamada **Morroplancho**, que estaba yo desde mucho tiempo antes de su enfermedad en posesión de ella como estoy hoy?"

"Contestó:

"No es cierto, y en cuanto a la finca **Morroplancho**, mi padre le dio al interrogante la casa únicamente para que viviera, y mi padre siguió administrando la finca, pues su enfermedad no era de impedirle eso, **hasta que yo le compré esa finca y entré a administrarla.**" (Es decir, en mil novecientos dos).

"El veinticinco de agosto de mil novecientos veintitrés, el demandante Domingo A. Bedoya (folio 29), al absolver la pregunta 2º del interrogatorio dijo la letra dice (sic):

"¿Diga cómo es verdad que el absolvente sabe que desde que yo tomé posesión de dicha finca, ocupé la casa que se encuentra en dicha finca, en donde he venido viviendo y aún vivo todavía con mi familia; finca de que usted ha hecho uso como hermano mío que usted es?"

"Contestó:

"Es cierto únicamente en cuanto a la ocupación de la casa por el interrogante, pues yo tengo la posesión de la finca como dueño de ella, aunque el interrogante tiene allí plantadas unas sementeras de yucas, para cuyo disfrute me pidió un plazo, que yo le otorgué; bien entendido que lo ocupado por tales sementeras es como dos puches de tierra."

A continuación inserta el recurrente los testimonios de los testigos Ramón y Juan Crisóstomo Cano, que dicen:

"Es verdad, y me consta directamente porque lo he visto, que dicha finca la ocupa Salvador de J. Bedoya, pues en ella vive."

"2º Pruebas mal interpretadas:

"El veintiocho de octubre de mil novecientos veintidós, el vendedor José Domingo Bedoya confesó tener recibida la suma de \$ 200, valor de la finca **Morroplancho**.

"Al contestar la posición 8ª (folios 26 y 27), afirmó el demandante haber pagado con las sumas que su mismo padre le debía.

"Al folio 24 y 24 (sic), dice que pagó las fincas como rezan las escrituras:

'Le di el dinero a mi padre en la casa de habitación del Chuscal, no recuerdo en qué clase de monedas, pero le hice el pago periódicamente, suministrándole víveres y todo lo demás que necesitaba mi padre.'

"A este respecto consta en la misma escritura, cláusula 2ª, letra c), que el comprador estaba obligado a suministrar al padre techo y subsistencia, de manera pues que no podía cobrar tal cosa e imputarla al precio de la finca.

"En las posiciones absueltas el seis de abril de mil novecientos veintiséis (folio 114 vuelto), dice el mismo:

"A la 16:

'No es cierto; pues en realidad sí compré las fincas mencionadas (El Guamal y Morroplanchito) a mi finado padre José Domingo Bedoya en la suma de \$ 600 oro y otras cosas, etc.; todo lo cual le pagué en su casa de habitación, al tiempo de verificarse cada contrato, en los bienes raíces. En las fincas raíces que dije, pagué inmediatamente, se entendió mal, pues el pago lo hice en la misma semana en que verifiqué los contratos.'

"De manera, pues, que al afirmar el vendedor que ya tenía recibido el precio de la compraventa, no dijo la verdad, porque el mismo comprador confiesa que el pago no lo hizo de contado, sino en la misma semana de la compra, y no en oro, sino como compensación de artículos alimenticios suministrados por Domingo A. Bedoya a su padre. Dicha escritura contiene, pues, otra falsedad en su texto, que prueba la simulación nuevamente, y que, por lo mismo, corrobora la violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890.

"3º Errores de derecho:

"Pero dice el Tribunal en la sentencia acusada:

'No comprobó su carácter de heredero para alegar con derecho la nulidad del contrato en su calidad de interesado, y de acuerdo con el precepto del artículo 15 de la Ley 95 de 1890. Esta circunstancia le es fatal, como se ve, al logro de sus pretensiones.'

"Este concepto envuelve una confusión lamentable entre lo que es la nulidad absoluta y lo que es la nulidad relativa.

"Hay cierta clase de estas nulidades, como la proveniente de la simulación de un contrato, que no aparecen de manifiesto en el acto o el contrato, de manera que para que el juzgador pueda decidir sobre ella, es necesario que se le confiera el derecho a alguna persona para que así lo pida. Este derecho, en primer lugar, corresponde al Agente del Ministerio Público como representante de la sociedad, pues los actos así celebrados van en perjuicio de la misma sociedad, y ella misma debe atacarlos. En segundo lugar, corresponde a todo interesado, siempre que dicho interesado no haya tomado parte en el acto o contrato.

"No pasa lo mismo con la nulidad relativa; la ley la ha establecido en beneficio de determinadas personas, y sólo a ellas les da facultad de pedir su declaratoria ante la justicia. Pero las personas capacitadas para pe-

dir esta nulidad (menores, mujeres casadas y herederos), no son los interesados de que habla el artículo al referirse a la nulidad absoluta. Estos interesados son los terceros que, por uno o por otro motivo, tengan necesidad de hacer valer sus derechos en relación con dicho acto o contrato.

"Así aparece clarísimo el derecho que tiene mi poderdante para oponer la excepción de simulación de los contratos, que trata de hacer efectivos el señor Domingo A. Bedoya: es, en efecto, tercero con respecto a dichos contratos, y además es interesado y en sumo grado, puesto que ocupa la finca que se trata de reivindicar.

"Han sido, pues, triplemente violados el mencionado artículo 15 de la Ley 90 de 1890 y el 1741 del Código Civil.

"1º Por omisión en la apreciación de la prueba, que resulta de comparar las declaraciones de la escritura 101 de mil novecientos veintidós, con las confesiones del aparente comprador.

"2º Por mala interpretación de esas mismas pruebas; y

"3º Por errores de derecho en la interpretación del artículo 15 mencionado."

Cómo claramente se ve, el cargo de violación de los artículos 15 de la Ley 95 de 1890 y 1741 del Código Civil, por no haberse declarado nulos, por simulación, los contratos de que dan cuenta las precitadas escrituras números 61 y 101, otorgadas ante el Secretario del Concejo Municipal de Heliconia, se hace prevenir:

a) De no haber apreciado el Tribunal la contradicción que, en concepto del recurrente, existe entre la cláusula 4ª de la escritura 101 y el hecho 6º de la demanda, y entre la segunda de las posiciones absueltas por el demandante el veintiséis de julio de mil novecientos veinticuatro y la que bajo el mismo ordinal absolvió el veinticinco de agosto de mil novecientos veintitrés; pero, en concepto de la Corte, de las referidas piezas no resulta la evidente contradicción de que habla el recurrente, ni se ha puesto de manifiesto en qué consiste esa contradicción.

b) De haber interpretado mal las pruebas referentes al pago del precio de la finca de Morroplanchito, transcritas por el recurrente en esta parte de su alegato; pero este cargo tampoco resulta demostrado, pues no es exacto lo que insinúa el recurrente, de que al confesar José Domingo Bedoya en la escritura de venta "tener recibida la suma de \$ 200, valor de la finca Morroplanchito," afirmó que la venta la hizo de contado, esto es, que el comprador le pagó el precio en ese mismo instante; y la confesión hecha en posiciones por el comprador, de que el pago lo hizo en la misma semana en que verificó los contratos, no ha de interpretarse en el sentido de que ello ocurrió después de otorgada la escritura de veintiocho de octubre de mil novecientos veintidós, puesto que de autos no resulta nada que justifique esa interpretación. Tampoco se opone a la confesión del vendedor, de haber recibido la suma de \$ 200 del comprador, el hecho confesado por éste, de que ese pago lo hizo en víveres y otros efectos. Además, "es al Tribunal sentenciador y no a la Corte de Casación a quien corresponde apreciar si una de las partes se ha perjurado." (Gaceta Judicial, tomo X, 339, 1º).

c) De error de derecho en la interpretación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, por cuanto el Tribunal niega al demandado el derecho de demandar la nulidad del contrato por simulación, por no haber comprobado su

carácter de heredero del vendedor, para acreditar su interés en que se declare esa nulidad, pues en concepto del recurrente, el derecho de alegar la nulidad absoluta lo confiere el citado artículo 15, "a todos los terceros que por un motivo o por otro tengan necesidad de hacer valer sus derechos," con relación al acto o contrato cuya nulidad se solicita. Pero a esto se observa que la declaración que hace la Ley (artículo 15 citado), de que puede alegar la nulidad absoluta de un acto o contrato "todo el que tenga interés en ello," sólo se refiere a todo el que tenga interés jurídico, mas no a todo el que de su anulación pretenda derivar un provecho cualquiera; y como el demandado no se halla en ese caso, carece de fundamento la acusación por este motivo.

"Tercer motivo. Violación del artículo 454 del Código Judicial:

"Dice el Tribunal—habla el recurrente—que 'al absolver las diversas posiciones, el demandante no cometió perjurio, por cuanto se reduce a simples contradicciones, debido quizás al referirse a distintos pagos con relación a diversos negocios involucrados con el que trata el presente juicio.'

"Este concepto del Tribunal lo motiva la apreciación que dicha Superioridad dio a las pruebas de las posiciones, en el cual incurrió en un error de hecho, que aparece fácilmente comprobado al leer el expediente."

Seguidamente hace el recurrente una breve exposición para demostrar el perjurio que le imputa al demandante, al absolver éste unas posiciones:

1º Porque en la primera escritura dijeron los vendedores que ya habían recibido el precio, y en posiciones dijo el comprador (el demandante), que el pago no lo hizo al firmar la escritura sino dentro de la misma semana; y

2º Porque "dice el demandante en todas las posiciones que su hermano (el demandado) no tiene la posesión sino que la tiene él, al mismo tiempo que los testigos afirman, con una uniformidad verifica (sic) que Salvador si ocupa la casa y la finca, de manera que el perjurio está absolutamente comprobado."

Sin entrar a considerar el mérito que puedan tener estos argumentos, se observa que es doctrina constante de esta Superioridad que "es al Tribunal y no a la Corte de Casación a quien corresponde apreciar si una de las partes se ha perjurado, y si es, por consiguiente, aplicable la sanción que establece el artículo 454 del Código Judicial." (Casación de 16 de noviembre de 1895, de 27 de febrero de 1906)..

"Cuarto motivo. Violación del artículo 946 del Código Civil:

"Dice el recurrente:

"El fallo acusado al demandado (sic) a la entrega de la finca con todas sus anexidades."

"Al obrar así, el Tribunal violó de una manera directa el artículo ... del Código Civil, por las siguientes razones:

"1º Porque en el supuesto de que las escrituras que sirvieron de base tanto a la demanda como a la sentencia, es decir, las números 101 y 61, otorgadas ante el Secretario del Concejo Municipal de Heliconia, fueran la plena prueba del dominio a favor del demandante, y no estuvieran viciadas con los defectos anteriormente estudiados, en ningún caso se les ha podido dar un valor probatorio mayor del que rezan dichos contratos. De la

primera de tales escrituras, ya vimos que los vendedores se reservaron el derecho de uso o habitación de la casa ubicada dentro de la finca, y que este derecho no pasó a manos del actual comprador, ni podía pasar por expresa prohibición de la ley; de manera que al ordenar el Tribunal la devolución de la finca con todas sus anexidades, ordena la entrega de la casa, sobre la cual, mientras esté pendiente el derecho de uso que constituyeron sus legítimos dueños, sólo éstos, y no otra persona, puede deducir en juicio tal acción de restitución. Mejor dicho, el demandante no tiene personería para demandar la entrega de la dicha finca en cuanto a la cosa se refiere.

"De manera que al reconocer el Tribunal tal acción, viola de manera flagrante el artículo 946 del Código Civil, que sólo reconoce dicha acción al propietario absoluto o fiduciario de la cosa.

"2º Porque de acuerdo con lo confesado por el demandante en las posiciones absueltas el día veinticinco de agosto de mil novecientos veintitrés (folio 29), aparece que el demandado tiene plantadas unas sementeras de yucas, y para retirarlas, el señor Domingo A. Bedoya le concedió un plazo, sin que por parte alguna aparezca que dicho plazo haya vencido, y que el demandado esté en mora de entregar."

Se contesta:

1º No es exacto lo afirmado en el punto primero de este cargo, de que el artículo 946 del Código Civil sólo reconoce la acción reivindicatoria al propietario absoluto o fiduciario de la cosa, pues en ese artículo se establece que "la acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa." Ahora: como Domingo A. Bedoya tiene la nuda propiedad de la casa sobre la cual se constituyó el derecho de habitación a favor de José Domingo Bedoya y Rudesinda Bedoya, y todas las restricciones y prohibiciones que, con relación al ejercicio de ese derecho, consagran los artículos 874 y 878 del Código Civil, son a favor del nudo propietario, que en este caso lo es el demandante, no ha violado el Tribunal el artículo 946 del Código Civil, al ordenar que el demandado Salvador de J. Bedoya le entregue al actor la finca que reivindica con todas sus anexidades, sin hacer salvedad de la casa que dicho demandado ocupa sin tener derecho alguno de retenerla ni habitarla.

2º La segunda de las razones en que el recurrente apoya esta acusación, lo referente a las sementeras o mejoras que el demandado ha hecho en la mencionada finca, es una cuestión que no fue materia del debate, y no tiene cabida en este estado del juicio. Ello sería oportuno alegarlo cuando haya de ejecutarse la sentencia, de acuerdo con el capítulo IV, Título 12, Libro 2º del Código Civil.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín el treinta y uno de octubre de mil novecientos veintisiete; con costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—El Conjuez, Liborio Escallón—Germán B. Jiménez—El Secretario en propiedad, Augusto N. Samper.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintiséis de octubre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

El catorce de octubre de mil novecientos veintiséis se hizo en la casa de la señora Isabel Contreras una reunión para festejar la llegada de Félix Villamizar a la población de Guaca, Departamento de Santander. El festejado se hallaba en el hotel de Víctor Hernández, y a las puertas del establecimiento se reunieron varias personas, entre otras José Antonio Jaimes y Píoquinto Flórez, este último un tanto ebrio. A petición de Jaimes, el agente de Policía Gratiano Álvarez requisó a Flórez, sin encontrarle arma ninguna, y lo hizo retirar de aquel lugar.

Después de esto Félix Villamizar y sus compañeros del hotel se dirigieron a la casa de la señora Contreras para participar de la aludida fiesta, y como José Antonio Jaimes y su hermano Luis Felipe hallaran en el umbral de la puerta de dicha habitación al nombrado Píoquinto Flórez, en el acto, y sin que mediaran palabras de ninguna clase, los dos hermanos dispararon simultáneamente sus revólveres contra Flórez, quien cayó mortalmente herido, y todavía, cuando agonizaba, tendido en el suelo, uno de los matadores, Luis Felipe Jaimes, le causó tres mortales heridas por medio de un puñal, al propio tiempo que José Antonio decía que eso era para que viera que ellos sí tiraban de frente, y para vengar la muerte de su hermano Espiritusanto, causada por Flórez algunos años atrás.

"El Jurado que intervino en la causa, abierta en proveído del veinticuatro de junio de mil novecientos treinta, por el Juzgado 2º Superior de Bucaramanga, profirió el siguiente veredicto:

"¿Luis Felipe Jaimes es responsable de haber dado muerte a Píoquinto Flórez, por medio de heridas causadas con proyectil de revólver y con instrumento cortante y punzante, como a las nueve de la noche del catorce de diciembre de mil novecientos veintiséis, en una de las calles principales de la población cabecera del Municipio de Guaca, y en la ejecución de ese hecho procedió el acusado Jaimes voluntariamente, con intención de dar muerte y con premeditación?"

El Jurado contestó: "Sí, sin premeditación."

"¿En la ejecución del hecho de que trata la pregunta anterior, procedió el acusado Luis Felipe Jaimes con las siguientes circunstancias o alguna o parte de ellas: con alevosía o a traición y sobreseguro, sorprendiendo a la víctima desapercibida e indefensa?"

El Jurado respondió: "No."

En acatamiento al veredicto, el Juez Superior, por sentencia del treinta de octubre de mil novecientos treinta condenó al procesado, como responsable en segundo grado, y con el aumento de la sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo de la pena aplicable, a la de diez años de presidio y sus accesorias, con aplicación del artículo 600 y sus concordantes del Código Penal, en relación con los artículos 123 y 124 ibídem; fallo que el Tribunal Superior confirmó el día veintinueve de abril último.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso el procesado recurso de casación en tiempo hábil, invocando las causales 1ª y 2ª del artículo 3º, Ley 78 de 1923, mas como dejó desierta la segunda, pues se limitó a enunciarla, no es admisible el recurso para estudio de fondo, sino en lo tocante a la causal 1ª.

Para sustentarla, alega el sentenciado que se aplicaron indebidamente al caso de autos los artículos 123 y 124 del Código Penal, por mala interpretación del artículo 117 ibídem, y que, como consecuencia, en lugar de seis años de presidio, pena que en su sentir corresponde al delito, se le aplicaron diez.

El Jurado—dice—negó rotundamente las circunstancias que le daban al hecho punible una especial gravedad. Afirma, asimismo, que para aumentarle la pena, el Tribunal consideró como agravantes, circunstancias que no tienen respaldo en la ley ni en las pruebas; que no es agravante el hecho de que el delito se perpetrara en presencia de varias personas, puesto que el Tribunal tuvo en cuenta esta circunstancia para encontrar justo el veredicto, en cuanto negó la premeditación; que no puede tenerse en cuenta la sevicia, por haberla negado el Jurado, y que tampoco puede considerarse agravante la necesidad de escarmiento, por la frecuencia de los delitos de sangre en la región donde se cometió el que se juzga, pues ello es condenar por consideraciones meramente subjetivas (sic), sin fundamento en las constancias procesales. Y así, concluye sosteniendo que se han aplicado mal los artículos 123 y 124 del Código Penal, en cuanto sin haber circunstancias agravantes comprobadas, se calificó la delincuencia en segundo grado y con el aumento de una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo de la pena, siendo así que la calificación debió hacerse en tercer grado, de acuerdo con tales disposiciones.

Pide el recurrente, en subsidio, que se infirme parcialmente la sentencia para eliminar el aumento discrecional de la pena.

Para calificar la delincuencia en segundo grado, el Tribunal Superior de Bucaramanga hizo el siguiente razonamiento:

"La delincuencia ha de estimarse en segundo grado, porque junto a la única atenuante de buena conducta anterior del reo, aparecen plenamente comprobadas las siguientes agravantes: la sevicia, que aparece del reconocimiento del cadáver, por el número y la gravedad de las heridas que recibió Flórez, y de lo declarado por algunos de los presenciales; el mayor escándalo producido por el delito, que se ejecutó en las puertas de una habitación donde estaba reunido considerable número de personas; el ser dos los atacantes, como claramente se desprende de varios de los testimonios traídos al sumario; y la mayor frecuencia de los delitos de sangre en la región donde se perpetró el que es materia de las presentes diligencias, como lo demuestran las constancias existentes en el Tribunal.

"Esto así, le corresponde a Luis Felipe Jaimes la pena principal de nueve años de presidio, que aumentada en la sexta parte de que trata el inciso 2º del artículo 124 del Código Penal, por la especial gravedad del delito, da diez años de presidio, señalados en la sentencia recurrida."

Considera la Corte:

Es cierto que el Jurado, según queda visto atrás, y como lo alega el recurrente, negó la premeditación y las circunstancias contenidas en la segunda cuestión del

interrogatorio; pero no es exacto que el Juez de derecho ni el Tribunal hubieran tenido en cuenta esas circunstancias, negadas por el Jurado. El Juez de derecho ha de estimar las que dicen relación al grado de la delincuencia, circunstancias que, apareciendo demostradas en los autos, bien podrían ser las mismas que un veredicto niega, puesto que el Jurado decide sobre ellas nada más que en cuanto tengan carácter específico, esto es, si en el caso debatido tienen virtud para cambiárle la fisonomía jurídica al hecho punible; pero el Jurado no determina el grado de la delincuencia ni es la entidad llamada a hacerlo. Y así, aun suponiendo que si las hubiera tomado en cuenta el fallo condenatorio, por aparecer demostradas en autos, ello no implicaría violación de la ley, siendo, como es, atribución de los Jueces y Tribunales calificar el grado de la delincuencia, en relación con las circunstancias agravantes y atenuantes que resulten claramente demostradas en autos; y ya la Corte tiene establecida una jurisprudencia uniforme en este sentido.

El relato de los hechos que encabeza el presente fallo, es un resumen de lo que consta en el expediente, y de allí aparecen las siguientes agravantes:

Sevicia o crueldad en el ataque, puesto que las heridas causadas a la víctima fueron ocho, todas de carácter mortal, y por tres armas distintas; y, además, porque cuando el moribundo yacía en el pavimento, se le acercó uno de los matadores, Luis Felipe Jaimes, y le asestó todavía tres puñaladas para rematarlo.

Ser dos las personas que concurren a la ejecución del delito: José Antonio Jaimes, a quien la muerte evadió de responder ante los Tribunales de la justicia humana, y Luis Felipe Jaimes, el sentenciado.

La frecuencia con que se cometen en esa región los delitos de sangre, circunstancia que se desprende de la certidumbre adquirida por la experiencia de los respectivos juzgadores, y que tanto el Juez como el Tribunal están en capacidad de apreciar, lo mismo que la Corte, puesto que de la región donde se cometió el presente delito proviene la mayoría de los recursos de que conoce la Sala, especialmente por delitos de sangre.

Estas circunstancias se encuentran reconocidas y apreciadas por el Tribunal, y la Corte las halla a su vez bien acreditadas, con aplicación correcta de la ley penal sustantiva. No así la de mayor osadía y escándalo producido por el delito; pues la Corte estima, como otras veces lo ha hecho, que semejante circunstancia no puede recargarse a un procesado por tener lugar el delito en una calle pública o puerta de una casa donde se aglomere mucha gente. No van, pues, el Juez ni el Tribunal con acierto en esta apreciación, y la Corte desecha esta circunstancia, dejando en pie sólo tres agravantes: la sevicia o crueldad en el ataque, ser dos los agresores, y la necesidad de escarmientos por la mucha frecuencia con que ocurren los delitos de sangre en la región donde tuvo lugar el crimen.

Como al lado de estas varias agravantes favorece a Jaimes su buena conducta anterior, ello si está demostrando que es justificada la conclusión a que llegó el Tribunal, de calificar la responsabilidad en segundo grado.

Por último, en lo tocante al aumento discrecional de la sexta parte diferencial, de que reclama el recurrente en su petición subsidiaria, la Corte encuentra muy sólido el razonamiento contenido en la sentencia del Juez, que el Tribunal confirma; allí dice:

"El Juez que falla cree que obra, al verificar el aumento de pena, dentro de la más escrupulosa equidad. Un individuo puede cometer un homicidio simplemente voluntario por causa de un acto primo, por el arrebatado súbito de una pasión, por causa de una riña, por una provocación u ofensa del contrario, en suma, por cualesquiera de las causas del artículo 587 del Código Penal, con las circunstancias agravantes deducidas para el perpetrado por Jaimes. De eso no cabe la menor duda; pero si ese homicidio se consumó, como el de Jaimes también, sin motivo actual, como resultado de una vendetta, en circunstancias que acusan mayor premeditación, para usar la frase del artículo 117, es claro que este último homicidio es de suyo más grave que el primero, y apareja la graduación equitativa de pena que queda relacionada."

Así, pues, es correcto el aumento discrecional de la pena, según el artículo 124 del Código Penal, y no aparece justificada, en consecuencia, la petición subsidiaria.

Y por lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en lo esencial con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, objeto del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de su procedencia.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, noviembre veinticinco de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado sustanciador, doctor Parmenio Cárdenas).

El doctor Fidel Perilla Barreto solicita reconsideración del auto de fecha quince de octubre del presente año, en la parte que negó la declaratoria de la prescripción de la acción.

Sostiene el doctor Perilla que el artículo 17 de la Ley 59 de 1911, que habla de la interrupción de la prescripción de la acción penal mientras dura la instrucción o procedimiento criminal, es sólo una disposición procedimental, "que jamás podrá tener aplicación preferente sobre el precepto sustantivo del artículo 96 del Código Penal, en armonía con el artículo 6° de la Ley 34 de 1896"; afirma que si los delitos de calumnia e injuria cometidos por la prensa, tienen, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 69 de 1928, las mismas penas que la calumnia e injuria públicas de que trata el Código Penal, no es racional ni admisible en sana lógica jurídica, que la acción correspondiente para hacer efectiva la pena o para reconocer o declarar consumada su extinción o prescripción, se rija por normas distintas de las consagradas expresamente por ese mismo Código en sus artículos 92 a 99 y las disposiciones que lo adicionan, como son las del artículo único de la Ley 69 de 1919; 6° de la Ley 34 de 1896, y 4° de la Ley 5° de 1931; cualquiera otra interpretación, agrega, sería injusta, pues al paso que

en delitos gravísimos de sangre, hurto, cuadrilla de malhechores, etc., la prescripción se cuenta desde el momento en que la infracción penal se consuma, sin interrupción alguna," para delitos de grado inferior como son los de prensa, se dan reglas distintas, presentándose el caso curioso de que ni en treinta años podrá prescribir el primer delito de esa clase, pues la instrucción sumaria podría durar todo ese largo periodo."

Concluye sosteniendo que el artículo 4° de la Ley 69 de 1928 señala como término máximo el de diez días para el perfeccionamiento de la instrucción sumaria en delitos de prensa, y que siendo esto así, "la prescripción comenzó a correr desde que terminaron las cuarenta y ocho horas siguientes a los diez días ya expresados, contados éstos desde la publicación del escrito que el Gobernador Rodríguez consideró injurioso y calumnioso, época desde la cual han transcurrido más de diez y ocho meses, es decir, más de lo indicado por el artículo 20 de la Ley 73 de 1910."

Se considera:

El contenido del artículo 17 de la Ley 59 de 1911 en nada se opone con lo previsto en los artículos 96 del Código Penal y 6° de la Ley 34 de 1896. En algunas legislaciones la interrupción de la prescripción se verifica para todos los delitos mientras dura la investigación o el procedimiento judicial; entre nosotros, únicamente se establece esta interrupción en los casos de delitos de prensa, lo que viene a constituir como una especie de excepción, que en nada se opone ni contradice el principio general consignado en el mencionado artículo 96, el cual tiene aplicación aun para los delitos de prensa, cuando no media investigación o cuando ésta o el procedimiento judicial se suspenden por cualquier motivo. Además el artículo 17 de la Ley 59 de 1911 es algo más que una disposición procedimental, pues podría figurar en el Código Penal, como sucede en los códigos de otros países, ya que prevé algo sustantivo y fundamental, de la mayor importancia, como es el poner un obstáculo por determinado tiempo al curso de la prescripción.

Nada tiene de extraño, por otra parte, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 69 de 1928, que las penas que corresponden a la calumnia e injuria cometidas por medio de la prensa, les correspondan las mismas penas que señala el Código Penal para esa clase de delitos, y que al mismo tiempo el artículo 17 de la Ley 59 de 1911 interrumpa la prescripción de la acción penal mientras dure la instrucción o procedimiento para el castigo del delito; el primer artículo establece la pena que debe imponerse para esa clase de delitos, y el segundo se refiere al caso especial de interrupción de la prescripción de la acción, que en nada contradice ni altera lo consignado en el primero; son previsiones legislativas de carácter distinto.

No encuentra el suscrito Magistrado injusticia en que la prescripción se interrumpa en el caso que se viene estudiando y que en cambio no tenga lugar esa interrupción en delitos gravísimos de sangre, hurto, cuadrilla de malhechores, etc., porque el término para la prescripción en estos últimos es muy largo, al paso que en los de prensa es muy reducido. De suerte que tratándose de esos delitos graves, por más que dure la investigación y el procedimiento judicial, la prescripción de la acción criminal es muy difícil que se consume.

Y si existiere en realidad esa injusticia, tal consideración serviría a lo sumo para tenerla en cuenta en una reforma legislativa, mas no para dejar de aplicar esa disposición, siendo como es muy claro su contenido.

Es cierto que el artículo 4° de la Ley 69 de 1928 señala el término de diez días para perfeccionar esa clase de investigaciones, pero esto no quiere decir que a partir de esos diez días empiece a contarse el término de la prescripción de la acción, pues el mencionado artículo 17 de la Ley 59 de 1911 interrumpe ese término "mientras dure la instrucción o procedimiento criminal para el castigo del delito." Es de desear y sería lo más plausible, que en ese breve término pudiera perfeccionarse el sumario; desgraciadamente en la práctica no siempre puede lograrse ese deseo, debido a la naturaleza y complicación de los mismos asuntos, a nuestros deficientes medios de investigación, y a que, principalmente, es imposible dentro de ese angustioso plazo practicar las diligencias que solicite el mismo acusado en su defensa. Y así, si en esta ocasión no se ha podido calificar la instrucción sumaria, tal cosa no ha dependido de negligencia, incuria o descuido de las autoridades, sino de las repetidas y numerosas diligencias que el doctor Perilla Barreto ha venido solicitando y que no se le han negado, porque entonces sí podría sostener con mucha razón, que se estaban violando en perjuicio suyo las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución, cuyo cumplimiento está por encima del brevisimo término que señala el artículo 4° de la Ley 69 de 1928, acerca del cual hace especial mención el doctor Perilla, sin recordar lo que ha solicitado y pedido anteriormente durante el curso de este ya voluminoso expediente.

El artículo 17 citado no establece restricción alguna; se refiere a todo el tiempo que dure la instrucción o procedimiento criminal; si hubiere demora sin causa justificativa, podrán surgir otras consecuencias, como la de exigir responsabilidad a los funcionarios si fuere el caso, pero de ningún modo que la prescripción corra a partir de los diez días de que trata el artículo 4° de la Ley 69 de 1928.

Si el hecho que ha dado lugar al presente informativo se cometió el catorce de febrero del año próximo pasado; si desde entonces se inició la investigación, la cual ha durado sin suspensión alguna hasta la fecha, se ha verificado el fenómeno de la interrupción de la prescripción, la cual por lo mismo no se ha consumado.

Por tanto, la Corte Suprema, representada en este caso por el suscrito Magistrado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega la reconsideración que se ha solicitado, y en cambio concede en el efecto devolutivo (artículo 1722 del Código Judicial), y para ante el resto de los señores Magistrados de la Corte Plena, el recurso de apelación que en subsidio se ha interpuesto contra el auto de fecha quince de octubre del presente año.

Dentro del término de tres días sáquese copia de lo relacionado con este incidente de prescripción, con el fin de que se surta el recurso.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

PARMENIO CARDENAS — Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintisiete de noviembre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

En el punto denominado Lucero, jurisdicción municipal de Ancuyá, Departamento de Nariño, a eso de las seis de la tarde del día tres de agosto de mil novecientos treinta, y en el trapiche de Rodolfo Bastidas, se hallaban varias personas en compañía de José Mora Castillo y Sergio Tobar. Este último brindó guarapo a Mora, quien tomando a ofensa el ofrecimiento se mostró alterado, pero Tobar por medios suaves y prudentes le manifestó que no había estado en su ánimo injurarlo, sin que esta explicación fuera suficiente a impedir que Mora Castillo le dirigiera un golpe que lo echó a tierra, dejándolo herido. Víctima de esta agresión y después de pedir auxilio, Tobar empuñó una caña y procuró alcanzar a quien lo hería, pero sólo consiguió recibir otra herida cerca del cuello, que lo puso en imposibilidad de perseguir al ofensor. Tal es, en resumen, el relato de los hechos conforme a las declaraciones que obran en el informativo, rendidas por los testigos Angelina Romo, Pedro Eraso, Julio Betancourt, Pedro Rodríguez y Máximo Betancourt. Se desprende, asimismo, de tales declaraciones, que las heridas fueron causadas con navaja de bolsillo.

Catorce días después de ocurridos estos hechos, murió Sergio Tobar, y de allí que, perfeccionado el informativo, el Juez 1º Superior de Pasto abriera la correspondiente causa por homicidio contra José Mora Castillo, en auto que lleva fecha 8 de octubre de 1930, confirmado por el Tribunal Superior el día 18 de noviembre siguiente.

El Jurado profirió su veredicto así:

“¿El acusado José Mora Castillo es responsable, si o nó, de haber dado muerte, voluntariamente y con deliberación previa o premeditación, a Sergio Tobar, por medio de las heridas que le causó con arma cortante, lo cual ocurrió en el sitio denominado Lucero, y en el trapiche de Rodolfo Bastidas D., jurisdicción del Distrito de Ancuyá, el día 3 de agosto de 1930?”

El Jurado contestó: “**Si, sin premeditación.**”

En desarrollo del veredicto, el Juez Superior profirió sentencia el 28 de abril del presente año, en la que condena al procesado como responsable en tercer grado de homicidio simplemente voluntario, a la pena de seis años de presidio, y sus accesorias, con aplicación del artículo 600 y sus concordantes del Código Penal, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo, proferido el 29 de mayo último.

Oportunamente el procesado interpuso recurso de casación con apoyo en los artículos 3º y 4º de la Ley 78 de 1923; y aunque no menciona por su número las causales que invoca, es lo cierto que considera el fallo como violatorio de la ley penal, y expresa motivos o razones propios para sustentar las causales 2ª y 1ª; de suerte que, no habiendo duda acerca de las causales que la demanda tuvo en mira, es el caso de estudiar el recurso en el fondo, a pesar de la deficiencia que se nota en la demanda, consistente en no determinar el número de las respectivas causales, pues esta amplitud de criterio

es la que se aviene mejor con la naturaleza de la justicia penal.

Causal 2ª “Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley.”

Sostiene la demanda de casación que Sergio Tobar, persona contra la cual se cometió el delito, no murió como consecuencia y efecto natural de las heridas que le inflingiera el sentenciado Mora Castillo, sino que ello se debió a la infección que se produjo en las mismas heridas por falta de cuidados médicos, que no se le prestaron al enfermo por su propia indolencia y la de su familia.

En apoyo de esta tesis, cita el concepto pericial de los señores Arsenio Eraso y Nicanor Revelo y también el dictamen de los facultativos doctores Segundo N. Recalde y Buenaventura Paz, quienes estiman que la “única causa que influyó en la muerte de Sergio Tobar fue la infección consiguiente a la herida pleuro-pulmonar recibida por Tobar,” opinión ésta que—en sentir del recurrente—debe prevalecer sobre el dictamen de los médicos doctores Enrique Benavides e Hipólito Urueña, quienes sostienen que la muerte no provino de la infección, sino de la naturaleza y gravedad de las heridas, pues alega la demanda no ser aceptable esta conclusión porque—dice—los peritos no examinaron en su parte interior las regiones afectadas, y porque de ser mortal la herida, el fallecimiento se habría producido inmediatamente, y en fin, porque debe aceptarse la hipótesis más favorable al encausado.

Por medio de estos razonamientos llega el recurrente a sostener que no es responsable jurídicamente de la muerte de Tobar, sino que el delito debe considerarse nada más que como heridas, y que así ha debido juzgarsele, lo que implícitamente está diciendo que la demanda estima haberse incurrido en error acerca de la denominación genérica del delito cuando se hizo el llamamiento a juicio, lo que implicaría nulidad sustancial en lo actuado, según el ordinal 7º, artículo 264 de la Ley 57 de 1887, y determinaría, al propio tiempo, incompetencia de jurisdicción, puesto que si hubiera de considerarse el delito como heridas simplemente, no correspondería el asunto al conocimiento del Juez Superior, sino al del Circuito respectivo, lo cual engendraría también nulidad, al tenor del ordinal 1º de la disposición que acaba de citarse.

Por consiguiente, comoquiera que el reparo anotado se refiere a vicios de nulidad en el procedimiento, es el caso de estudiarlo en primer lugar, expuestas como quedan las ideas que la demanda contiene.

Para resolver, considera la Corte:

El día 4 de agosto de 1930, veinticuatro horas después de cometido el delito que se juzga, los señores Arsenio Eraso y Nicanor Revelo, llamados por el Juez Municipal de Ancuyá, practicaron el primer reconocimiento del herido, y expusieron:

“Los suscritos peritos reconocedores del ofendido Sergio Tobar, procedimos a examinarlo minuciosamente, de lo cual encontramos dos heridas que parecen ser causadas con navaja (instrumento cortante); la una se encuentra situada en el hombro izquierdo, la que mide seis centímetros de largo, un centímetro y medio de profundidad, y tres centímetros y medio de ancho; la otra herida se encuentra situada en la misma región de la

otra, un poco hacia el cuello; ésta tiene de profundidad cinco centímetros y uno de largo; por estas heridas le imponemos la incapacidad de sesenta días. Aclaremos que la última herida se encuentra bastante inflamada o hinchada, y ser la más grave. En el poncho que había estado puesto (sic) el ofendido, le encontramos tres cortes que parecen ser causados con navaja de bolsillo, o sea, con la misma arma que se le han causado las heridas. Los peritos dejan constancia de que el ofendido requiere tratamiento médico y por lo pronto se le indicó fomentos de agua limpia hervida."

Estos mismos señores Eraso y Revelo continuaron reconociendo al herido, y en el último que hicieron, después de muerto Tobar, anotaron lo siguiente (folio 14):

"Que la herida del hombro se encuentra abierta y la herida que le ha causado la muerte, debido a la fuerte infección que se le ha desarrollado, es la herida radicada cerca del cuello—pues se nota que las venas se encuentran negras—hacia la caja torácica, y la infección ha seguido por gangrena, seguramente al corazón, y ha tomado sobre la región del brazo izquierdo, habiendo reventado una erupción sanguinolenta en el mazo (sic) del brazo ya expresado, la que ha seguido tomando hasta el dedo del corazón, sobre la mano del mismo brazo; pues los dedos corazón, anular y meñique y la palma de la mano, se encuentran por la región pulmonar quemados (sancochados) (sic), habiendo supurado la sangre un líquido amarillento. La piel en esta región y brazo se encuentra en estado de iscoriaciones (sic). La causa de la muerte del paciente es debido a la infección y por causa de la herida recibida junto al cuello. Este es nuestro concepto. En este estado se aclara que la infección ha seguido también hacia la ingle, habiendo reventado el líquido infeccioso sobre el testículo del lado izquierdo—lomar y costillar—(sic) del cadáver se encuentra acardenalado."

Practicada la exhumación del cadáver por los médicos legistas doctores Hipólito Ureña Andrade y Luis Enrique Benavides, y hecha la respectiva disección anatómica, expusieron:

"Nos llamó la atención una enorme mancha equimótica en la región supra e infraclavicular izquierda, que cubría la región anterior del cuello, la parte superior del tórax y rebasaba la línea media; en medio de esta equimosis, la presencia de dos heridas de bordes limpios, causado (sic) por instrumento cortante, la primera de las cuales a nivel del tercio izquierdo de la clavícula, que principiaba a dos centímetros por encima de la clavícula y siguiendo una dirección sagital, en una extensión de ocho centímetros, terminaba en la apófisis caracoides, de forma oval e interesando en profundidad todo el espesor de la piel.

"La otra herida, de forma oval, de cuatro centímetros de perímetro y un tanto oblicua, hacia abajo y adentro, estaba situada en la parte media de la base del triángulo supra clavicular; con la sonda constatamos que esta herida penetrante se prolongaba por detrás de la clavícula en una dirección oblicua hacia abajo y adentro, interesando la piel aponeurosis superficial y media, la pleura parietal a nivel del primer espacio intercostal, para terminar en la parte superior de la cara anterior del lóbulo superior del pulmón,

"Una vez levantado el plastrón externo-costal, observamos que las cubiertas pleurales y el parénquima del pulmón izquierdo se presentaban completamente hemorrágicos y el pulmón derecho focos purulentos en el vértice y totalmente descompuesto el resto.

"El resto de vísceras, tanto torácicas como abdominales, lo mismo como (sic) el contenido cancral, sin presentar lesiones especiales, ofreció un aspecto propio del actual proceso de descomposición.

"De la observación practicada en anterior (sic) autopsia, conceptuamos:

"Que la herida penetrante descrita en segundo término, por las lesiones causadas a nivel de la pleura y del parénquima pulmonar, por la hemorragia lenta y la infección posterior, explica satisfactoriamente la muerte del señor Sergio Tobar."

Este concepto fue ampliado por los señores médicos legistas, a petición del apoderado del sindicato y de acuerdo con providencia dictada por el Juez Superior, conforme al concepto del Ministerio Público. Tal ampliación lleva fecha 19 de septiembre de 1930, y dice:

"Ampliamos nuestro concepto pericial rendido en el sumario contra José Mora Castillo por homicidio, y limitándonos a las cuestiones propuestas por su apoderado, exponemos:

"1° La infección de las heridas no es causa suficiente para producir una equimosis de los caracteres anotados; ésta se produjo por hemorragia cutánea y subcutánea en la que, después de la muerte, las livideces cadavéricas se acentúan más en sus dimensiones y coloración;

"2° Las heridas en la pleura y en el parénquima pulmonar por la sección de los vasos arteriales y venosos contenidos en ellos, per se son mortales, por la imposibilidad física de suturarlas y cohibir la hemorragia; y

"3° La desinfección de las heridas no podía en ninguna forma cohibir la hemorragia y por lo mismo evitar la muerte; tanto más que una desinfección in loco, es decir, directamente en la pleura y el pulmón, le hubieran producido la muerte más rápidamente, por razones innecesarias de explicar."

En el término probatorio del juicio pidió la defensa, y así fue decretado, que los médicos doctores Buenaventura Paz y Segundo N. Recalde, previo el estudio de las respectivas piezas del proceso, rindieran dictamen, y entonces ellos expusieron:

"Según nuestro concepto, la única causa que influyó en la muerte de Sergio Tobar, fue la infección consiguiente a la herida pleuro pulmonar recibida por Tobar. ¿Pudo evitarse la muerte de Tobar con un tratamiento adecuado impuesto desde el principio de la herida? Es muy probable que sí pudo evitarse. El concepto de los médicos legistas de Túquerres es deficiente porque no practicaron la autopsia."

Desde el día en que se verificó el primer reconocimiento por los señores Eraso y Revelo, pudo saberse, a pesar de su falta de conocimientos adecuados, que la segunda herida, o sea la abierta del lado izquierdo junto al cuello, revestía caracteres de especial gravedad y que desde entonces se encontraba inflamada o hinchada. Después de muerto Tobar, los mismos reconocedores atribuyeron el resultado a la infección de la misma herida, y dan cuenta de varios signos externos que, a sus

ojos, servían de base para concluir que la muerte del paciente se debió a la infección y a la herida recibida junto al cuello.

Al apreciar este dictamen saltan a la vista las deficiencias de que adolece, puesto que ni los reconocedores son expertos en las ciencias médicas, ni verificaron la autopsia del cadáver. Su valor es, pues, muy relativo en lo que toca a resolver cuestión tan delicada como es la de determinar si la muerte se produjo como consecuencia y efecto natural de las heridas que recibiera Tobar, para lo cual se necesitan conocimientos médicos algo más que medianos, y principalmente la disección anatómica del cadáver.

El dictamen de los facultativos Paz y Recalde emitido con vista de las respectivas piezas que obran en autos, también es deficiente y no sirve para complementar el rendido por los señores Eraso y Revelo, de tal suerte que pueda llegarse a la conclusión de que la muerte no fue consecuencia y efecto natural de las heridas, por no ser ellas de carácter mortal, sino que en el caso que se estudia, la muerte se produjo por la infección de tales heridas, debido a la falta de un tratamiento adecuado o al descuido o indolencia de la víctima y de sus familiares. Es cierto que los doctores Paz y Recalde afirman categóricamente que "la única causa que influyó en la muerte de Sergio Tobar fue la infección consiguiente a la herida pleuropulmonar," pero no indican los motivos por los cuales hayan llegado a semejante conclusión, y apenas enuncian como tesis dubitativa o probable, que un tratamiento médico adecuado y oportuno quizá hubiera salvado la vida del herido, sin indicar tampoco el grado de probabilidad, o sea, el porcentaje de curación que puede obtener la ciencia en casos semejantes, si es que, en sentir de ellos, la naturaleza de la herida y el sitio donde fue recibida, no estaban indicando que la muerte habría de producirse necesariamente dentro de un término más o menos breve. Tampoco está en lo cierto el dictamen que se estudia, al afirmar que los señores médicos legistas no verificaron la autopsia del cadáver, pues consta lo contrario en la respectiva diligencia. Quizás se confundió este dictamen con el rendido por los señores Eraso y Revelo, quienes efectivamente no practicaron la autopsia, pues ya el funcionario instructor había dispuesto que la hicieran los médicos legistas de la oficina de Túquerres.

Del estudio que precede se deduce claramente que el dictamen médico legal, junto con su respectiva ampliación, suscrito por los doctores Ureña y Benavides, conserva toda su fuerza y valor probatorio, no sólo porque ellos verificaron la disección anatómica del cadáver para determinar la naturaleza de las heridas y la gravedad de las lesiones que produjeron, sino porque señalan los antecedentes o motivos en que fundan las conclusiones a que llegan, a lo que puede agregarse el carácter oficial de que estaban revestidos y la fe pública anexa al cargo que desempeñaban.

Por consiguiente, si los otros dictámenes no tienen fuerza suficiente a infirmar el concepto de los señores médicos legistas, y éstos llegan a la conclusión de que la muerte era inevitable debido a la herida que recibió el occiso junto al cuello, puesto que no hubiera podido evitarla, pero si aproximarla, el procurar una desinfección in loco, y también debido a la imposibilidad de suturar los vasos sanguíneos, produciéndose así la muerte por

lenta hemorragia, no hay lugar a duda sobre el carácter mortal de la herida en cuestión, y como consecuencia, que el delito de que se trata en el presente juicio no es el de heridas simplemente, sino el de homicidio, al tenor de lo previsto por los artículos 619 y 621 del Código Penal.

No se encuentra, pues, error en la denominación genérica del delito, y por lo mismo, es infundado el reparo que la demanda de casación formula contra la sentencia de segunda instancia por el aspecto indicado.

Causal 1ª Alega el recurrente que hubo indebida aplicación de los artículos 587 y 600 del Código Penal al caso de autos, por no tratarse de homicidio sino de heridas, cuestión ésta que queda examinada y no es el caso de considerar nuevamente en este lugar el razonamiento expuesto para no hallar fundado el motivo que se invoca. Pero como la demanda sí contiene una petición subsidiaria relativa a la causal 1ª, se procederá a hacer el estudio correspondiente.

A este respecto dice que considerando el delito como un homicidio, han de aplicarse el artículo 602 o el 603 del Código Penal y no el 600, por considerar que se cometió en riña provocada por la víctima, riña que considera ocasional y de tal manera que el recurrente se vio envuelto en ella "por obra de un incidente casual y desgraciado."

Conforme a las declaraciones que obran en el expediente, en las que se basa el relato de los hechos que encabeza el presente fallo, no puede afirmarse que el homicidio se produjera en riña, y menos aún provocada por el occiso. Este invitó a tomar guarapo a su matador, quien llevó el ofrecimiento a ofensa, y de nada valieron las explicaciones comedidas de Tobar para evitar la agresión de que lo hizo víctima Mora Castillo. Sólo cuando se sintió herido y como reacción muy natural, empuñó una caña para esgrimirla contra su atacante, cosa que no puede recibir el nombre de riña; y aunque así pudiera ser apellidada, resultaría claro que fue provocada por el matador y no por el occiso. Así puede verse que no hay base razonable para hacer uso del poder discrecional que consagra el inciso 2º del artículo 602 invocado. Y en lo que respecta al inciso 1º de esta misma disposición, y al artículo 603, comoquiera que se trata de disposiciones que atenúan especialmente el homicidio voluntario, y siendo así que el veredicto no contiene de ninguna manera los elementos de hecho que tienen previstos las mismas disposiciones para hacer la atenuación, no es posible considerarlas aplicables, de acuerdo con jurisprudencia, constante y uniforme, que tiene sentada la Corte sobre el particular. No se halla, pues, tampoco demostrada esta causal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no infirma la sentencia del Tribunal de Pasto, materia del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de su procedencia.

PARMENIO CARDENAS — Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado de calificación convocado y reunido en legal forma para decidir acerca de la responsabilidad de Olimpo Salcedo por el delito de homicidio en la persona de Darío Holguín, le fue propuesto por el señor Juez del conocimiento, 2° Superior del Distrito Judicial de Buga, la siguiente cuestión única:

“¿Olimpo Salcedo es responsable, conforme al auto de proceder, de haberle dado muerte voluntaria a Darío Holguín, en la región torácica (sic), situada en el tercio espacio intercostal izquierdo, que interesó el corazón, a consecuencia de la cual murió el ofendido instantáneamente, procediendo en ello el acusado en arrebató súbito e impensado de la pasión de la ira, hecho que tuvo lugar en la hacienda denominada El Guavito, Corregimiento de Ginebra, Municipio de Guacarí, comprensión de este Distrito Judicial, en la mañana del día primero de julio de mil novecientos treinta?”

El Jurado contestó: “Sí, pero en el acto de lanzarse ofensas recíprocas.”

Interpretado este veredicto, el Juzgado, con fecha veintiséis de mayo del corriente año, dictó sentencia, por medio de la cual condenó al encausado, previa calificación de su delincuencia en el menor grado, y con aplicación de las disposiciones legales que estimó pertinentes, a la pena principal de tres años de reclusión y a las correspondientes incorporales accesorias.

Apelada tal providencia para ante el superior respectivo, éste, en fallo de treinta de julio de este año, la reformó, en el sentido de imponer al acusado la pena de seis años de presidio en lugar de la de tres de reclusión, y confirmando en lo restante.

Contra la sentencia del Tribunal de Buga interpuso el defensor del condenado recurso de casación, el cual le fue concedido. Y habiéndose remitido los autos a esta Superioridad para efectos de resolverlo, a ello se procede en segundía, teniéndose en cuenta que se halla agotada la tramitación en este Despacho, y que la alegación presentada por el recurrente durante el traslado aquí concedido, presta mérito para entrar en el fondo del asunto.

Aduce aquél la causal primera del artículo 3° de la Ley 78 de 1923, o sea ser la sentencia violatoria de la ley penal, en razón de haberse aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar. Y funda toda su apreciación al respecto—alrededor de lo cual hace algunas consideraciones—en el hecho de que el sentenciado ejecutó el homicidio en el acto de causarse ofensas recíprocas los contendores, una de las cuales ofensas, la de la palabra güevón, dicha por Holguín a Salcedo, tiene una significación agresiva, constitutiva de grave injuria, que coloca el caso, por lo mismo, dentro del inciso 2° del artículo 602 del Código Penal.

Se considera:

Conviene saber, ante todo, en qué circunstancias se desarrollaron los hechos que dieron margen a la muerte de Darío Holguín. Uno de los testigos presenciales relata fielmente el acaecimiento que tuvo lugar el primero de julio del año pasado en el Corregimiento de Ginebra, dentro de la hacienda denominada El Guavito. Dice así Alejandro Plaza:

“..... El día primero de este mes, martes, desde las seis y media, fui a cortar arroz en un arrozal de propiedad del señor Sergio Núñez y José Bermeo en el sitio de El Guavito, en esta jurisdicción. Yo estaba trabajando en el corte en compañía de Marcial Maza, Francisco Sanclemente, Luis Holguín, Juan Rodríguez, Darío Holguín y Olimpo Salcedo. Como a un metro y medio de distancia estaba Darío Holguín de Olimpo Salcedo; y de éstos, como a diez metros de distancia. Todos estábamos con cuchillo, que es con lo que se corta el arroz. Alcancé a oír que entre Salcedo y Holguín tenían una conversación en asuntos de arroz, en que Darío decía que el arroz comprándolo por arrobas salía más barato, por ahí a uno setenta. Salcedo dijo que lo comprara él por arrobas, dirigiéndose a Darío. Este le contestó que no tenía necesidad de comprarlo por arrobas, que con una libra tenía. Oí también que Salcedo le dijo a Holguín que no fuera pendejo. Darío le contestó:

‘Le he dicho, compadre, que no me diga pendejo.’

‘Salcedo nuevamente le dijo a Holguín:

‘No sea pendejo.’

‘Darío le replicó:

‘Respéteme, compadre.’

‘A esto, nuevamente Salcedo dijo a Holguín:

‘No sea pendejo.’

‘Darío contestó:

‘Respéteme compadre, no sea güevón.’

“En este mismo momento Salcedo se fue sobre Darío y le dio una puñalada en el lado izquierdo, con el cuchillo con que estaba cortando el arroz. Ya herido Darío, dio una vuelta y se fue boca abajo, y alcanzó a retroceder antes de caer, unos cuatro metros, y después, en las agonías, se volteó y quedó de espaldas, y levantó las zancas y las fue dejando bajar lentamente hasta que quedó rígido. Olimpo inmediatamente vio a Darío en el suelo, se quedó parado un instante viéndolo, y luego siguió cortando arroz tranquilamente y con el mismo cuchillo con que lo había herido. Olimpo Salcedo, después de que hirió a Darío, y le vio tendido en el suelo, dijo:

‘Esto ha pasado, causa a mi mujer; yo le había dicho a ella que viviéramos separados; él a irse y ella a detenerlo; desde esta mañana me había estado jodiendo, ahora si te jodites, como me he de joder yo también.....’

Como se ve y como lo dice el Tribunal en su fallo, el Jurado tuvo como causa determinante de la reacción homicida, las palabras gruesas que recíprocamente se dirigieron Salcedo y Holguín. Pero el veredicto, en la forma en que fue emitido, no da lugar en manera alguna a la aplicación del inciso 2° del artículo 602, como es indispensable que así sea, según lo tiene establecido la Corte al respecto. Y efectivamente, si se considera que las palabras en cuestión fueron mutuamente lanzadas, y que ellas, por sí solas, por su misma significación, no tienen la gravedad que se les pretende señalar, es indudable entonces que resultaría cuando menos improcedente la aplicación del artículo 602, en su 2° inciso, para el presente caso, ya que, visto esto a través de los numerales allí citados, no se encuentra que corresponda a ninguno de ellos, porque el primero, que sería el pertinente, habla de una ofensa, ultraje, injuria, etc., de carácter grave, que inmediatamente antes del homicidio se haga al propio homicida, y el veredicto ni si-

quiera habla de ofensas recíprocas graves, sino simplemente de ofensas recíprocas, que no encajan de ningún modo dentro del numeral en referencia.

Por eso dice acertadamente en su vista el señor Procurador, sobre este particular:

"Tal vez la demasiada importancia que hasta el señor Fiscal del Juzgado 2° Superior de Buga le dio a esa palabra de una manera lamentable, inclinó el ánimo del Jurado a considerarla como constitutiva de una ofensa. Pero hallándose en el caso de tener que considerar también como ofensa la palabra lanzada por Salcedo contra Holguín, para obrar consecuentemente, hubo de optar por agregarle a su veredicto la locución 'pero en el acto de lanzarse ofensas recíprocas.' Así se explica esta agregación, que propiamente no lleva al caso una modalidad que le haga cambiar su faz de homicidio simplemente voluntario; pues lo de las ofensas recíprocas no figura en ninguna de las disposiciones especiales que sacan el homicidio voluntario del catálogo del artículo 587, pero no figura tampoco en ninguna de las circunstancias que enumera este artículo.

"Considerando por este aspecto esa agregación, se ve muy claro que el Juez Superior cayó en un error deplorable, cuando sin determinar su criterio fue rodando al acaso en su exposición, para llegar a situarse en la consideración de un homicidio voluntario, pero de los menos graves entre los definidos en los números 1°, 2°, 4°, 5° y 7° del artículo 587, y aplicar así el inciso 2° del artículo 602. Aun acogiendo aquella agregación del Jurado, no se ve cómo pueda considerarse comprendido el caso en uno de aquellos números para que el Juez se encuentre dentro de la facultad discrecional que le da el inciso 2° del artículo 602 citado.

"Obró, pues, muy bien, el Tribunal, cuando al revisar la sentencia del inferior, se apartó de infundadas consideraciones de éste, y situó el caso en el verdadero lugar que le corresponde, o sea en el de homicidio simplemente voluntario, cometido con ocasión de un altercado en el que hubo palabras de parte y parte, que ni constituyen ofensas graves ni modifican en manera alguna la entidad delictiva.

"Pero es que en el caso hay más aún para mantener la apreciación del Tribunal. Es una circunstancia de la cual no se ha hecho mérito, y que consiste en el ánimo prevenido que tenía Salcedo contra Holguín, desde antes del altercado habido entre los dos, ánimo que se advierte si se pone atención en las palabras que dijo después de haberle dado muerte:

'Esto ha pasado, causa a mi mujer; yo le había dicho a ella que viviéramos separados; él a irse y ella a detenerlo; desde esta mañana había estado jodiendo; ahora si te jodistes, como me he de joder yo también.....'

"Y aun asegura Marcial Maza, que manifestó también que no se mataba porque no dijeran que era cobarde, y que eso que había pasado era por culpa de su mujer.

"Se ve, pues, que en el hogar de Salcedo había algo que le traía el ánimo atormentado a éste, y que el trivial altercado provocado por él aquella mañana fue nada más que el conductor de la chispa que encendió ese ánimo e hizo saltar la pasión atormentadora para alzar el brazo de Salcedo y hacerlo descargar la cuchilla mortal en el cuerpo de Holguín.

"Hé aquí, señores Magistrados, la positiva deducción psicológica de la causa verdaderamente determinante del hecho delictuoso ejecutado por Salcedo, y que viene

a colocar su caso en el que determina el número 6° del artículo 587 del Código Penal."

Es, pues, inobjetable la conclusión de que la sentencia del Tribunal no ha violado la ley penal por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar, pues aplicó estrictamente la que era del caso, y que, en consecuencia, tal sentencia debe mantenerse firme.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo que ha sido objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad..

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diez de diciembre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Se abrió la presente investigación por el Juez 2° del Circuito de Tumaco, para averiguar la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el señor Eladio Polo R., en su carácter de Administrador Tesorero de la Aduana de ese puerto, por haber entregado mercancías al comercio, y en especial a la Asociación Mercantil del Pacífico—casa comisionista domiciliada allí,—sin que precediera el correspondiente pago de los derechos fiscales.

Este hecho dio lugar a que el Inspector de Rentas e Impuestos Nacionales, señor Guillermo Ruiz Rivas, como comisionado especial del Ministerio de Hacienda para visitar la Aduana de Tumaco, le dedujera al Administrador Polo un alcance que elevó a la suma de diez mil seiscientos ochenta y nueve pesos con cincuenta y seis centavos (\$ 10.689-56), en diligencia firmada el cinco de junio del año próximo pasado, con lo que terminó la visita iniciada el día veintiuno de abril del mismo año; alcance que se especifica y discrimina en la copia del acta respectiva, visible al folio 4 y siguientes del cuaderno 3°, y en donde figura el nombre de cada uno de los deudores del Fisco, con el importe de la respectiva deuda.

Cuando la Corte decretó una ampliación en auto del diez de septiembre de mil novecientos treinta, no se le había notificado todavía al señor Polo el aviso adicional de observaciones formulado por la Contraloría General de la República, en relación al alcance deducido por el Visitador Ruiz Rivas. Pero sí pudo establecerse desde entonces que dicho Administrador tenía asegurado su manejo con fianza hipotecaria; y que de los juicios ejecutivos que intentara por medio de la jurisdicción coactiva de que estaba investido, habían terminado muchos por pago y los otros continuaban su marcha regular.

Con posterioridad, y en cumplimiento del auto proferido el veintinueve de mayo del corriente año, vinieron al expediente copias de las providencias dictadas por la Contraloría General de la República en las cuentas de que es responsable el señor Polo. De ellas aparece que el alcance deducido por el Visitador Ruiz Rivas fue con-

firmado por la Contraloría, en su fenecimiento de fecha veintisiete de marzo del presente año; pero que luego, merced a recurso de reconsideración que oportunamente propusiera el responsable, vino el auto reformativo del cinco de agosto último, en que la Contraloría redujo el referido alcance a la suma de \$ 4.515-52, abonándole al señor Polo las cantidades recibidas por la Aduana como consecuencia de las ejecuciones por jurisdicción coactiva a que se ha hecho referencia. En dicho auto la Contraloría expone:

"El hecho de que el saldo de la cuenta responsabilidades pendientes, a cargo del ex-Administrador señor Eladio Polo R., estuviera reducido a \$ 4.515-52 en treinta de abril de mil novecientos treinta y uno, resulta comprobado con un análisis expedido y debidamente autenticado en esa fecha, por el Administrador y Tenedor de Libros de la misma Aduana, documentos que el responsable acompañó para el efecto, a su memorial de veinticinco de mayo de mil novecientos treinta y uno, y que aparece distinguido con el número 110 (cuaderno 3º, folio 9). Del detalle que contiene este análisis, queda establecido que el saldo de \$ 4.515-52 se descompone así, según los comprobantes que allí se relacionan:

'Por cuenta de Payán y Compañía... ..\$	82 56
'Por cuenta de Diógenes López L.... ..	1 12
'Por cuenta de Germania Figueroa... ..	4 35
'Por cuenta de la Asociación Mercantil del Pacífico... ..	4.427 49
<hr/>	
'Suma... ..\$	4.515 52'

"Este comprobante constituye la prueba legal suficiente de que, por concepto del cargo de \$ 10.698-56, que dio lugar al alcance de que se trata, se ha reintegrado a favor del Tesoro Público la respectiva diferencia, o sea la cantidad de \$ 6.183-04, y, por lo tanto, se acepta el hecho de que el cargo queda reducido por este concepto a los \$ 4.515-52, que se determinan en el análisis de que ha hecho mérito.

"El hecho de que para satisfacer el pago de aquel saldo con sus intereses, etc., existan los recursos que anota el responsable, no puede acogerse a su favor, porque del mismo texto de los alegatos y de los documentos conducentes, resulta demostrado que tales recursos son materia de pleitos pendientes, y, por lo tanto, se encuentran sujetos a las contingencias de los respectivos juicios. Además, la Contraloría estima que mientras no se verifiquen los reintegros correspondientes, no puede relevársele del cargo, porque el responsable estaba obligado a recaudar los derechos de aduana antes de entregar las mercancías, conforme al artículo 1º de la Ley 97 de 1923 citada, y la pretermisión de este precepto hace recaer sobre él todo el peso de la responsabilidad fiscal consiguiente. La Contraloría faltaría al cumplimiento de sus deberes como fiscal de los intereses públicos, si en vez del dinero efectivo que el ex-Administrador Polo ha debido recaudar antes de entregar las mercancías, según el precepto legal antes citado, aceptara deudas pendientes sujetas a pleitos cuya solución final no puede conocerse."

Así quedó determinado por la Contraloría el monto y la naturaleza del alcance que, como se ve, responde a deudas a favor del Fisco, las cuales se están haciendo efectivas ejecutivamente; y que la misma entidad hubo

de deducir como cargo en contra del responsable de las cuentas, por las razones muy claras que acaban de copiarse.

Se debe advertir que la mayor parte del saldo pendiente corresponde a la ejecución seguida contra la Asociación Mercantil del Pacífico y la Casa Gerhard Sager y Compañía, solidariamente, en la que el ejecutado propuso varias excepciones, declaradas definitivamente infundadas por la Sala de Negocios Generales de esta Suprema Corte, en fallo del diez y ocho de agosto del presente año, que en copia debidamente autorizada y autenticada obra en autos (folio 197, cuaderno 5º), y en donde se ordenó, en consecuencia, llevar adelante la ejecución.

Por lo que acaba de verse, y como queda claramente acreditado en el expediente, el señor Polo, como Administrador de la Aduana en referencia, omitió cumplir el artículo 1º de la Ley 97 de 1923 (sustitutivo del 157 del Código Fiscal), en que se prescribe que "los derechos por importación de mercancías y los recargos legales deben pagarse antes de que sean entregadas éstas en la Aduana u oficina postal respectiva. Pero esto no significa que se haya cometido el delito de malversación, usurpación o extravío de caudales públicos, puesto que no se reúnen en el caso de autos los elementos constitutivos de ese hecho punible.

La intención fraudulenta, el uso de los caudales o efectos públicos para objetos privados, el dolo propio de la malversación no se encuentra demostrado, y antes bien, aparecen razones que lo rechazan o desvanecen totalmente. Porque es indudable que si el ex-Administrador Polo entregó mercancías sin el pago previo de los derechos de importación, no lo hizo con el propósito de defraudar el Fisco en provecho personal, puesto que sin dilación alguna procedió al cobro valiéndose de la jurisdicción coactiva que le otorgaba la ley, y con toda acuciosidad, puesto que decretó el embargo preventivo sobre los bienes de los deudores, a fin de que no fuera nugatoria su gestión que, como queda examinado en la providencia de la Contraloría, ha permitido el reintegro de buena parte de las sumas a que corresponde el alcance deducido por el Visitador Ruiz Rivas.

Por otra parte, con toda claridad está demostrado que el señor Polo R. no hizo uso para objetos privados de ninguna parte de los fondos que manejaba, no sólo porque el arqueo de caja que se le practicó de improviso no arrojó saldo alguno en su contra, sino también porque el alcance que la Contraloría le dedujo no proviene de sustracción de fondos que hubieran entrado a las cajas de la Aduana, y de los cuales, por lo mismo, no pudo usar el ex-Administrador Polo. Ese alcance, que representa algo menos de la mitad del que le dedujera el Visitador, corresponde al saldo todavía no reintegrado de las ejecuciones que se adelantan contra los deudores del Fisco, lo cual compromete directamente la responsabilidad civil y pecuniaria del señor Polo con la garantía de las cauciones que otorgó para asegurar su manejo, previos los trámites a que haya lugar, pero no lo hace reo de malversación de fondos públicos, que es cosa diversa.

Resta todavía otra consideración importante: si las mercancías salieron de la Aduana sin el pago previo de los derechos de importación, ello no se verificó en forma subrepticia, sino después de ser nacionalizadas, previa liquidación de los derechos correspondientes en cantidad determinada, y después de que el introductor hiciera el reconocimiento de la deuda en favor del Fisco, pudiéndose de esa manera saberse en todo tiempo el mon-

to de las cantidades adeudadas a la Aduana, y su especificación, al propio tiempo que quedaba en poder de la oficina recaudadora un verdadero título ejecutivo, lo que facilitó la tarea de deducir el alcance por el Visitador, y el llevar a la práctica en buena oportunidad las ejecuciones por jurisdicción coactiva; todo lo cual pone de manifiesto que la verdadera intención de Polo R. no fue la de defraudar el Fisco, sino más bien la de evitar congestión de carga en las bodegas, que resultaron de capacidad insuficiente en aquellos tiempos de mucho movimiento, circunstancias éstas que pone de presente el señor Polo R., y que están acreditadas en autos; pues dicho señor, en su calidad de Administrador de la Aduana, se había dirigido entonces telegráficamente al Ministerio de Hacienda en solicitud de la consecución de algún local adecuado para trasladar allí los excedentes por congestión frecuente de mercancías, expuestas a deterioro por la intemperie y riesgos de pérdida, sin haber podido obtener el resultado que deseaba para el mejor servicio; y así resulta que el haber entregado mercancías sin el previo pago de los derechos, no puede considerarse tampoco como un hecho culposos, dadas aquellas circunstancias, sino más bien como resultado de una ofuscación, que lo llevó a obrar de esa manera.

Con numerosas declaraciones de comerciantes domiciliados en Tumaco se acredita plenamente la honorabilidad y corrección del expresado señor Polo como Administrador de la Aduana. Y como sería prolijo tomar razón de cada una de ellas, basta, como lo hace el señor Procurador en su concepto, tomar al acaso entre las muchas del mismo tenor que aparecen en autos, la del señor Manuel S. Martínez, quien, con fecha cinco de noviembre de mil novecientos treinta, dice:

".... Es cierto que la costumbre de entregar la carga al comercio, confiando en su honorabilidad el pago de sus derechos, tenía por objeto evitar al comercio los perjuicios de la retención de las mercancías por la demora de las liquidaciones, que marchan casi siempre atrasadas en la Aduana, y evitar la congestión de sus bodegas, que en tiempo de bastante importación resultaron insuficientes para mantener largo tiempo almacenada la carga nacionalizada, en espera de las liquidaciones; pues en aquellos tiempos había con frecuencia bastante carga en los andenes, expuesta a los peligros de la intemperie y robos, siendo también la misma costumbre de entregarla después de reconocida, por sus antecesores y por el señor Polo R.; no sólo para prevenir los perjuicios indicados, sino también porque los comisionistas e importadores cumplían siempre con mayor o menor puntualidad el deber de pagar los derechos, sin necesidad de que el Administrador entablara luchas ni ejecuciones contra ningún comerciante para obtener el pago. Es cierto que el señor Polo R. fue para con todo el comercio más amplio, deferente y confiado que sus antecesores, en todo lo que era correcto y legal, sin hostilidad ni pasión contra nadie, sin favorecer a unos con perjuicio de otros, pues a todos los importadores los trató siempre con imparcialidad, justicia y consideraciones.

"Es cierto también que el señor Polo R. entregaba a los comisionistas la carga con mayor rapidez para que pudieran despacharla a los dos, tres o cuatro días de su arribo al puerto, por el interés que siempre manifestó de fomentar el comercio del interior del Departamento, como el más productivo para la Aduana y el más desfavorecido por razón de distancias, perjuicios y recargos de

transporte, y para conseguir con estas facilidades un aumento en los productos de la Aduana.

"Es cierto que ni para la entrega de carga en esta forma, como cuestión de costumbre, ni para ninguna de sus relaciones oficiales con el comercio, jamás celebró conmigo, ni se supo que lo hiciera con otro comerciante, pactos privados o secretos, hablados ni escritos, ni menos de carácter delictuoso o fraudulento contra los intereses nacionales a él confiados, como tampoco pidiendo, recibiendo ni ofreciéndosele provechos personales o gajes indecorosos, como dinero, o regalos de alguna especie. Es cierto que, muy al contrario, como Administrador de la Aduana se manejó el señor Polo conmigo con absoluta honradez, dignidad y delicadeza, haciendo las devoluciones a comerciantes que habían entregado dinero de más en los pagos de manifiestos, cada vez que encontraba errores de cifras o de sumas en las relaciones de pago, en los cheques o en las liquidaciones ya pagadas.

"También es cierto que ni al separarse el señor Polo de la Aduana dejó fama de improbidad ni de mala fe, pues solamente se sabe que el único problema que dejó pendiente fue la deuda de los comisionistas Asociación Mercantil del Pacífico, cuya deuda está asegurada con los juicios ejecutivos y embargos de mercancías que el señor Polo hizo a cargo de la Mercantil menelona-da...."

Como Edmundo Delgado afirmara en una de sus declaraciones haberle dado en calidad de regalo al señor Polo R. la suma de cien pesos, por su comportamiento como Administrador de Aduana con la Asociación Mercantil del Pacífico, que había recibido también de la misma Casa comisionista mercancías a crédito para usos particulares, y una cantidad de dinero destinada a un gasto de carácter íntimo, por el cual se firmó un documento con causa simulada, haciendo aparecer a Polo como fiador de una tercera persona para encubrir la verdadera causa del crédito, mercancías y dinero —dice— que el señor Polo pagará a la mencionada Asociación, imputándolos a los derechos de aduana que ella debía; y también debido a la sugestión que hiciera Francisco Muriel, al declarar en el sentido de que entre el señor Polo y la Asociación Mercantil del Pacífico existían negociaciones indecorosas e inmorales, se decretó la ampliación correspondiente, por auto del trece de diciembre de mil novecientos treinta, a solicitud del señor Procurador.

Pero de las diligencias practicadas, en lugar de aparecer comprobados los cargos que lanzaron contra Polo los declarantes Delgado y Muriel, resultan, por el contrario, desvanecidos totalmente.

Si Delgado entregó al señor Polo los cien pesos en un cheque de que da cuenta en su declaración, no fue en calidad de obsequio o regalo, sino para atender a los gastos de viaje de un hermano de Delgado a esta ciudad de Bogotá, quien venía en misión política, en la que Edmundo contribuyó con los dichos cien pesos y otras personas con diversas sumas; y el señor Polo fue apenas un simple intermediario para entregar el dinero a quien iba en comisión de asuntos políticos.

Debía el señor Polo a la Asociación Mercantil del Pacífico el valor de dos catres de hierro, de una lámina de celuloide, de un par de zapatos y de una caja de gasoli-

na, destinada al Directorio Conservador, y de acuerdo con Delgado, éste entregó el crédito al Administrador de Aduana, en parte de pago de lo que la Asociación Mercantil debía por derechos de importación, de suerte que en realidad la pequeña suma a cargo del señor Polo y a favor de aquella firma entró a formar parte de lo recuperado para el Fisco, y ningún proceder incorrecto y menos delictuoso puede encontrarse en la operación realizada.

El señor Polo, en el documento por \$ 325, visible al folio 41 del último cuaderno, no fue sino simple fiador del principal obligado, Gregorio Gutiérrez, y como éste no hubiera pagado la totalidad del crédito, el fiador—de acuerdo con el acreedor—destinó el saldo para abonarlo a lo que la Asociación Mercantil del Pacífico debía a la Aduana, poniendo Polo el dinero efectivo de su bolsillo para asegurar así, en la parte correspondiente, el reintegro, en lo cual, como en el caso anterior, no hubo proceder incorrecto.

Por consiguiente, no existiendo el delito de malversación de caudales públicos, como tampoco el de que el señor Polo, prevaleciéndose del cargo que ejercía, hubiera celebrado negociaciones indebidamente o aceptado obsequios o regalos para obrar en determinado sentido, es justificado sobreseer en definitiva a favor del señor Eladio Polo R., en su carácter de ex-Administrador de la referida Aduana.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en un todo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, sobreseer definitivamente en favor del señor Eladio Polo R., en su carácter de Administrador que fue de la Aduana de Tumaco, por los cargos de malversación de fondos públicos y negociaciones indebidamente, prevaleciéndose del cargo que ejercía, y cohecho, que han sido materia de la presente investigación sumaria.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo.
Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, marzo doce de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en auto de tres de octubre de mil novecientos treinta, y a instancia del Departamento del Tolima, representado por el Fiscal del mismo Tribunal, decretó el secuestro y embargo preventivos de varios bienes, muebles e inmuebles, del señor Salvador Castro. Antes había declarado nula idéntica providencia, en razón de haber sido dictada por uno solo de los Magistrados que lo integran.

En virtud de apelación de la parte agraviada, concedida en el efecto devolutivo, ha venido el negocio a esta

Superioridad, en donde, previa la tramitación legal correspondiente, se procede a decidir la alzada.

Los antecedentes de este asunto los resume el señor Procurador de la Nación en los siguientes términos:

"El señor Salvador Castro celebró con el señor Gobernador del Departamento del Tolima, y por medio de la escritura número 850, pasada ante el Notario 2º del Circuito de Ibagué, el veintiuno de octubre de mil novecientos veintisiete, un contrato en virtud del cual aquél se obliga a administrar la Lotería de Beneficencia del Tolima.

"Ese contrato fue prorrogado dos veces: la primera por medio de la escritura número 763, otorgada ante el Notario 1º de ese mismo Circuito, el cuatro de septiembre de mil novecientos veintinueve, y la segunda por medio de la escritura número 843, de la Notaría últimamente citada, con fecha veintisiete del mismo mes de septiembre.

"El Administrador Castro dio malas cuentas de ese negocio, hasta el punto de que el Tesorero del Departamento tuvo que exigirle un pagaré por \$ 7.800, saldo de las participaciones que le correspondían al Departamento hasta el doce de febrero de mil novecientos treinta. Luégo desapareció de Ibagué."

A esto hay que agregar que el billete número 1116, favorecido con el premio en el sorteo de siete de febrero de mil novecientos treinta, no fue cubierto por el Administrador de la Lotería, por lo cual su tenedor ocurrió al Contralor del Departamento, quien conceptuó que el Departamento debía pagar su valor.

El apelante impugna el auto, porque, a su juicio, no se reúne ninguna de las condiciones que señala el artículo 10 de la Ley 40 de 1907, el cual dice a la letra:

"Antes de intentarse la demanda, puede también decretarse el secuestro de bienes muebles del presunto demandado, en la cantidad suficiente para cubrir la deuda sobre que ha de versar la demanda y las costas; pero para decretarlo será necesario:

"1º Que el interesado compruebe, aunque sea sumariamente, su calidad de acreedor; y, además,

"2º Que el deudor no tenga domicilio, ni bienes raíces, ni un establecimiento agrícola, industrial o mercantil en el lugar en donde corresponda demandarle; o que, aun teniéndolos, haya desaparecido de su domicilio establecimiento, sin dejar persona alguna al frente de él, y si la hubiere dejado, que ésta ignore su residencia; y que se oculte, o exista motivo racional y fundado debidamente para creer que ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores.

"Si la deuda no fuere dinero, el interesado la estimará para los efectos del depósito. El Juez moderará la estimación si el deudor acredita, aunque sea sumariamente, que es excesiva."

En concepto de la Corte, la primera condición está cumplida. Al folio 9 del cuaderno principal corre copia auténtica, expedida por el Tesorero Departamental del Tolima, del documento de doce de febrero de mil novecientos treinta, por el cual el demandado Castro se constituye deudor del expresado funcionario por la suma de \$ 7.800, "por saldo que debe de participación a la Beneficencia del Tolima."

Dice el apelante que esa copia está en papel común, y que se ignora qué funciones desempeña la persona que la autorizó, y que no existe disposición legal ninguna en virtud de la cual pueda aceptarse dicha copia.

El reclamante pierde de vista que para acreditar sumariamente la calidad de acreedor, basta la copia del documento, expedida en la forma que aparece aquí. Y la razón es clara: ese documento reposa en una oficina pública, cual es la Tesorería del Departamento del Tolima; y es bien sabido que las copias autorizadas por los empleados respectivos son documentos auténticos, los cuales comportan prueba legal y plena. (Código Judicial, artículos 541 y 678, ordinal 2°). Desde luego la prueba sumaria—esa es una característica—se obtiene sin audiencia de la parte contraria, pero no por esto es ilegal, ni deja de suministrar la convicción necesaria acerca de la verdad o falsedad del hecho (Código Judicial, artículo 539).

El estar dicha copia en papel común, nada arguye en contra de su legalidad o eficacia. La expidió un funcionario público para uso del Departamento, como se ve en la demanda del Fiscal del Tribunal (folio 45, cuaderno principal), y los Departamentos están exonerados del uso de papel sellado.

El pagaré, según la copia, está otorgado a favor del Tesorero del Departamento, que lo es, según el mismo documento, el señor Francisco Lezama.

Dice el apelante que se ignora qué funciones desempeña este señor, y qué facultad tenga para ejercerlas. Pero a esto cabe observar que es al objetante a quien corresponde demostrar que el funcionario de quien se trata no es tal funcionario. La ley no presume la suposición de títulos o de funciones oficiales.

En cuanto a las otras condiciones exigidas por el artículo 10 de la Ley 40 de 1907, para decretar el secuestro y embargo preventivos, hay elementos suficientes. Según los testimonios jurados de Luis Jorge Ronderos y Francisco Garcés, Agentes de Seguridad de la Policía Departamental del Tolima, ellos recibieron orden de capturar a Salvador Castro, a quien no les fue posible encontrar, a pesar de haberlo buscado diligentemente en Ibagué, que es su domicilio, de lo cual deducen rectamente que desapareció de allí. Además, ambos declaran, el uno por haberlo visto, y el otro porque se lo dijo el mismo mayordomo de Castro, que este mayordomo estaba vendiendo muy baratos los ganados de la finca de Colombia, de propiedad de aquél.

Estas circunstancias, unidas a la ausencia del demandado, sin saber el lugar de su paradero, y el haber otorgado poder general a su esposa, desde la ciudad de Sogamoso, facultándola, entre otras cosas, para disponer de todos sus bienes, y esto más de mes y medio después de no haber pagado el billete en el sorteo de siete de febrero de mil novecientos treinta, y después del otorgamiento del documento por \$ 7.800, de que antes se ha hablado, indican con la mayor precisión la concurrencia de circunstancias propicias al embargo y secuestro pedidos, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 40 de 1907, en relación con el 11 de la misma Ley.

Los testimonios invocados reúnen, a juicio de la Sala, un grado suficiente de convicción, y completan y robustecen las que no aportan otras de las pruebas aducidas por el actor. El ser o no haber sido los declarantes Agentes de Seguridad de la Policía Departamental, no

es motivo para que se rechacen sus testimonios. La ley no los desatiende por esa causa. (Código Judicial, artículos 597, 598 y 599).

Desde luego se admite, cosa que nadie niega, que el demandado tiene bienes, y de allí que se haya podido llevar a cabo por el Juez de primera instancia el embargo y secuestro referidos.

Por último, el apelante objeta el auto recurrido, fundado en que Salvador Castro constituyó en mil novecientos veintisiete, hipoteca sobre una casa situada en Ibagué, para responder de sus obligaciones como Administrador de la Lotería de Beneficencia del Tolima. Esto es cierto, pero también lo es que ese inmueble no garantiza, al menos *prima facie*, las acreencias del Departamento, una vez que su precio de adquisición en mil novecientos veinticinco, fue el de tres mil pesos, cantidad inferior en más de un 50 por 100, a la que aparece deber al Departamento. Aparte de esto, si hubiere exceso en el embargo, el interesado tiene derecho, conforme al artículo 17 de la Ley 40 de 1907, de solicitar la reducción de él, y a reclamar, en general, perjuicios, en los términos del 12 *ibidem*.

Por sobre todas estas consideraciones está la de que el acreedor hipotecario puede, con arreglo al principio consignado en el artículo 28 de la Ley 95 de 1890, perseguir otros bienes del deudor que no le han sido hipotecados.

Por tanto, esta corporación, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la providencia apelada.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

LUIS F. ROSALES—Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, abril veintitrés de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

En el escrito que antecede solicita el doctor Rubén Jaramillo Arango, apoderado sustituto de Salvador Castro, que se revoque el auto de doce de los corrientes, que confirmó el del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, sobre secuestros y embargos preventivos de varios bienes de su poderdante.

Insiste dicho apoderado en que no está demostrado que el Departamento del Tolima sea acreedor de Castro, pero la Corte, a su turno, insiste en que la copia del pagaré suscrito por éste a favor de aquél, copia expedida por el Tesorero del Departamento, en cuya oficina se halla el original, es suficiente para demostrar *sumariamente* la expresada calidad de acreedor. La prueba sumaria, que es prueba obtenida "brevemente sin todas las formalidades de un juicio," no es, desde luego, la prueba requerida por la ley para dar sentencia de fondo, o sea para condenar al pago de la deuda, pero para el efecto de un embargo preventivo sí es suficiente la copia ex-

pedida en las condiciones en que figura aquí. Tal copia es prueba legal, porque ha sido autorizada por un funcionario competente, en ejercicio de sus funciones, y es bien sabido que las copias así obtenidas son documentos auténticos, al tenor de los artículos 678 del Código Judicial y 1758 del Código Civil.

No ha dicho la Corte, como el señor apoderado le imputa, que el documento privado se convierta en público o auténtico por el hecho de ir a una oficina pública. Lo que ella considera es que la copia autorizada por un funcionario competente, de cualquier documento que mantenga en su archivo, es instrumento auténtico; auténtico, porque es cierto y positivo que la expidió el mismo funcionario; porque es cierto y positivo que su texto reproduce el del original, y porque, en una palabra, hace fe acerca de su contenido.

Otra cosa es que esa copia, con todos sus caracteres de autenticidad, sea ineficaz en juicio plenario; pero de que así sea, no se deduce que no sirva para acreditar sumariamente la calidad de acreedor de aquél en cuyo favor aparece otorgado el documento a que la misma copia se refiere. Y si las copias en cuestión no fueren instrumentos auténticos, mucho menos lo serán privados, y entonces carecerían de todo carácter, nada acreditarían; y esto sí es absurdo, para usar el lenguaje del apoderado del recurrente.

En relación con las circunstancias a que alude el artículo 10 de la Ley 40 de 1907, el apelante insiste también en que los testimonios jurados de Luis Jorge Ronderos y Francisco Garcés no tienen el valor de prueba plena porque no concuerdan en el hecho y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar.

La Corte estima lo contrario, pues como lo observa en el auto anterior, ambos deponen sobre el hecho de que Castro desapareció de Ibagué, lugar de su domicilio, sin saberse el lugar de su paradero, y esto lo afirman en virtud de haberlo buscado diligentemente, como agentes de Policía que recibieron de su superior la orden de captura. Parece que sobre este punto de sus declaraciones no caben reparos. Sobre la disposición a menos precio de los ganados de Castro, uno de ellos es testigo presencial, y el otro lo supo porque se lo oyó al mismo mayordomo de Castro. De suerte que no se trata de un testigo que oye versiones de terceros sino de un testigo que recibe la información del propio agente del demandado. Es algo distinto de lo que contempla el artículo 608 del Código Judicial. Pero no dándole a este testimonio la fuerza de que disfruta el otro, es lo cierto que ellos en su conjunto están robustecidos por una circunstancia de la mayor significación: no haber dejado el demandado persona ninguna al frente de la administración de la lotería, como lo comprueba el hecho de existir sin pago el billete favorecido con el premio mayor en el sorteo del siete (7) de febrero de mil novecientos treinta (1930).

El poder general que a su esposa confirió el demandado desde Sogamoso, ciudad en que no reside, y en la cual estaba de paso, como se desprende del telegrama del Alcalde de dicha ciudad, de veintiocho de abril de mil novecientos treinta y uno, nada arguye en contra de la providencia de secuestro y embargo preventivos, porque habiendo, a juicio de la Sala, motivo racional y fundado en los testimonios, hechos y circunstancias

expuestos en el aparte anterior, para creer que dicho demandado trata de ocultar sus bienes, el poder general de que se habla, con la facultad de disponer de todos los bienes del poderdante, es o puede ser más bien un auxiliar eficaz para realizar aquel designio y extenderlo no tan sólo a los semovientes, realizado ya en parte, sino también a los bienes inmuebles. (Véase declaración de Jesús María García, folio 59 vuelto, cuaderno principal).

Por lo demás, con el poder en referencia bien puede el apoderado hacer cesar la situación existente mediante el arreglo correspondiente con el acreedor, máxime si, como lo dice el apelante, tal finalidad tuvo el poder.

Nuevamente sostiene el apoderado que la demanda de secuestro y embargo preventivos no puede prosperar en atención a la garantía hipotecaria constituida por su poderdante para responder de sus obligaciones como Administrador de la Lotería de Beneficencia del Tolima. Si conforme a la Ley 95 de 1890, artículo 28, el acreedor hipotecario puede perseguir otros bienes del deudor distintos de los hipotecados a él, no se ve porque no haya de poder embargarlos preventivamente para el efecto de realizar o hacer efectiva esa facultad que la ley le da. Quien tiene derecho al fin tiene derecho a los medios para alcanzarlo, si esos medios son legales, como los son, el embargo y secuestro preventivos.

Por último, el apoderado del reclamante afirma que la acción accesoria de secuestro y embargo preventivos no puede ejercerse sino contra el deudor que carezca de bienes inmuebles.

Por lo visto el reclamante no para mientes en el artículo 11 de la Ley 40 de 1907, que dice:

“En los casos anteriores y además cuando se trata de gravar inmuebles, también puede pedir el interesado que se decrete el embargo preventivo de ellos...”

Los casos anteriores a que alude la disposición transcrita, son los del artículo 10 ibidem, de donde se sigue que tanto en ellos—que son precisamente los que ocurren aquí—como en el de tratar el deudor de gravar sus inmuebles, pueden éstos ser embargados preventivamente.

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, mantiene el auto reclamado y niega, en consecuencia, su revocación.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

LUIS F. ROSALES—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, junio doce de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

Ante el Tribunal Superior de Ibagué, el señor Roberto Tello, en libelo de fecha veintidós de junio de mil novecientos veintiséis, pidió, de acuerdo con el derecho que

le confiere el artículo 2° de la Ley 29 de mil novecientos cinco, se declarara por sentencia definitiva lo siguiente:

"Que tengo derecho, dice, al tenor de la Ley 29 de 1905, y por mis servicios de empleado público en el término de treinta años, a la pensión mensual de jubilación de \$ 54-50, o sea la mitad del sueldo del empleo últimamente ejercido de Secretario del Juzgado 2° de este Circuito, que es de \$ 109 mensuales.

"Que la República de Colombia está en la obligación de pagarme mensualmente, mientras viva, la cantidad expresada de \$ 54-50, a contar desde esta fecha y mientras no ejerza empleo público alguno."

Admitida la demanda en dicho Tribunal después de un incidente de excepciones promovido por el señor Fiscal sobre "Declinatoria de jurisdicción y de inepta demanda," que fue fallado por sentencia de fecha dos de octubre de mil novecientos veintiséis, declarándolas no probadas, por sentencia de treinta de agosto de mil novecientos treinta el Tribunal puso término a la primera instancia reconociendo su competencia para fallarlo fundado en el artículo 73 del Código Judicial y en la jurisprudencia sentada por esta Corte en las sentencias de fechas veintiséis de noviembre de mil novecientos veinte y diez y ocho de julio de mil novecientos veintisiete, y absolviendo a la Nación de los cargos de la demanda, pues en concepto de la Sala falladora, el señor Tello "sólo ha logrado demostrar que ejerció puestos públicos por espacio de tiempo de diez y ocho años y medio, o sea hasta el primer semestre de 1915" ... "pero no se ha probado satisfactoriamente el ejercicio de esos destinos, y como ya se observó, con la sola diligencia de posesión no se deja establecido el ejercicio de ningún empleo."

Contra esta sentencia apeló el demandante señor Tello, y concedido que le fue el recurso, subió el negocio a esta Sala de la Corte, donde después de haberse dictado dos autos para mejor proveer y de haberse llenado las formalidades que la ley exige en cuanto a procedimiento, es llegado el momento de decidir del mérito jurídico del recurso, previas las consideraciones siguientes:

En la primera instancia el demandante sólo pudo comprobar sus servicios en un espacio de tiempo de diez y ocho años y medio, y la ley que estas peticiones reglamenta exige el término de treinta años; de suerte que el fallo del Tribunal fue en un todo ajustado a la ley, toda vez que sólo se demostraron los servicios en un tiempo de diez y ocho años y medio, aun cuando aparece que el peticionario fue nombrado y tomó posesión de algunos otros empleos. La Corte ha resuelto para casos semejantes que la posesión no es prueba suficiente si no va acompañada del ejercicio del cargo, y el demandante no logró establecer en la primera instancia el ejercicio de todos los cargos mencionados en las diligencias de nombramiento y de posesión.

En esta segunda instancia el señor Procurador General de la Nación, en su vista de fondo, observa:

"Aquí podría, por supuesto, anotar la relativa inconveniencia de someter a los términos de una controversia ordinaria el acceso de las jubilaciones. Porque ocurre preguntar: ¿cuando como en el caso de estudio, un aspirante a pensionado no logra allegar dentro de la acción ordinaria todos los documentos y comprobaciones, sobre-

viniedo como consecuencia la absolución de la parte demandada, que es el Estado, esas sentencias fundarían excepción de cosa juzgada? Atendida la estructura sustancial de la jubilación, que es una gracia más que un derecho, podría responderse que no. Pero desde el punto de vista de la seriedad procedimental, fuerza es responder lo contrario, con la máxima romana: *Res judicata pro veritate habetur*. El error legislativo reside en someter a juicio contradictorio lo que debe ser apenas materia administrativa, o al menos de procedimientos judiciales sumarios. Si vosotros no accedéis a dictar auto de mejor proveer, como os lo pide el demandante, estimo que la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, a que he venido aludiendo, debe ser confirmada porque se ajusta al derecho escrito."

En vista de estas claras razones que la Corte acoge por encontrárselas jurídicas, toda vez que el procedimiento para reclamar gracias de esta clase no tiene por su naturaleza el carácter de controvertido, sino el de juicio declarativo de un derecho que debe reconocerse siempre que se llenen los requisitos que la misma ley ha establecido para que se reconozcan, someterlo a la tramitación de un juicio de controversia sería darle un carácter procedimental que la naturaleza del juicio y la lógica jurídica rechazan. En vista de ello, la Corte dictó auto para mejor proveer y el demandante hizo uso del derecho concedido para ampliar su prueba dentro del término respectivo. Además, la Ley 29 de 1905 autoriza para ello de una manera clara en su artículo 7°, que dice:

"La demanda y pruebas sobre jubilaciones se presentarán ante la Corte Suprema de Justicia, quien con audiencia del señor Procurador General de la Nación y con facultad de disponer la práctica de las diligencias que estime necesarias, resolverá si el interesado es acreedor o no a la pensión civil o jubilación solicitada."

De tal suerte que al pedir la práctica de las diligencias no se ha hecho otra cosa que cumplir un requisito legal.

De la documentación presentada por el peticionario aparecen comprobados los servicios del peticionario en los puestos y años siguientes:

Secretario del Alcalde de Prado, en los años 1885, 1888, 1890, 1892, 1880 y 1887, con declaraciones de testigos hábiles rendidas ante Juez competente y con asistencia del señor Agente del Ministerio Público, por no haberse encontrado en los archivos las diligencias respectivas, folios 48, 49, 50, 51 y 52 del cuaderno 1°, seis años; Juez de Purificación, según certificado del señor Juez del mismo Circuito (folios 57 vuelto), años de 1918, 1919 y 1920, tres años; Secretario de la Prefectura del Guamo, años de 1899 a 1903 (folios 62 vuelto), tres años diez meses; Juez del Guamo, en los años de 1915 (folio 64 del cuaderno 1°), un año; Juez del Guamo, en los años de 1895, 1897 (folios 65 vuelto, 67, cuaderno 1°, y 37 vuelto, cuaderno 2°), un año y tres meses; Juez en el Guamo, en los años de 1903 a 1905, 1905 a 1907, 1907 a 1909, 1909 a 1911, 1911 a 1913, 1913 a 1915, folios 65, 67, del cuaderno 1°, y 41 vuelto del cuaderno 2°, doce años; Juez del Guamo en los años de 1895, 1896, 1897, 1898 (folios 65 vuelto, cuaderno 1°), dos años dos meses; Fiscal en Ibagué, en 1898 (folio 31 vuelto cuaderno 2°), seis meses; Secretario del Alcalde del Guamo, en 1924 (folio 36 vuelto, cuaderno 2°), cinco meses; Juez en Purificación, en 1920 (folio 33 vuelto, cuaderno 2°), un año; Juez en Ibagué, en los años de 1893 y

1894 (folios 40 vuelto del cuaderno 2°), un año y seis meses; Escribiente del Juez del Guamo en 1921 (folio 41 vuelto), seis meses; Escribiente del Juez del Circuito de Purificación, en el año de 1886 (folio 41 vuelto, cuaderno 2°), un año; servicios éstos que dan un total de treinta y cuatro años dos meses (34-2). Con las declaraciones de los señores Rafael Arciniegas, Abraham Sanabria, Noé Gutiérrez, Francisco Hidalgo y Zoilo Leal, rendidas ante el señor Juez 1° del Circuito del Guamo y con asistencia del señor Agente del Ministerio Público, comprueba el peticionario que ha observado y observa buena conducta y que carece de medios de subsistencia que le permitan vivir en armonía con su posición social y costumbres. Con el certificado del Administrador de Hacienda Nacional del Tolima comprueba que el sueldo que devengó en los dos últimos años de servicio como Secretario del Juez del Circuito del Guamo fue de ciento nueve pesos. Ha comprobado también que tiene más de sesenta años de edad, con certificados médicos y declaraciones de testigos hábiles a falta de la prueba principal.

Para dar cumplimiento al inciso 6° del artículo 3° de la Ley 29 de 1905, ha traído a los autos los certificados del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Contralor General de la Nación, con los cuales comprueba que está a paz y salvo con el Tesoro Nacional. Se han cumplido, pues, los requisitos que la Ley 29 de 1905 señala.

Como del certificado del Administrador de Hacienda Nacional de Ibagué aparece que el sueldo devengado por el peticionario en los dos últimos años fue de ciento nueve pesos, le corresponderá como pensión mensual, de acuerdo con el artículo 2° de la citada Ley, la cantidad de cincuenta y cuatro pesos con cincuenta centavos (\$ 54-50).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y en su lugar declara: reconócese a favor del señor Roberto Tello y a cargo del Tesoro Nacional, una pensión mensual vitalicia de cincuenta y cuatro pesos con cincuenta centavos, que se pagará desde el día primero de junio del corriente año, fecha en que se perfeccionó la petición y siempre que no incurra en alguna de las causales que según las leyes traen la pérdida o suspensión de la gracia que por la presente se concede.

Cópiese y notifíquese; envíese copia al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, para dar cumplimiento al artículo 8° de la Ley 29 de 1905; publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

LUIS F. ROSALES—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio veintiuno de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

En memorial de diez y seis de junio del corriente año el señor Roberto Tello pide a esta Sala de la Corte que adicione la sentencia de fecha doce de junio anterior, en

el sentido de que la pensión que le fue decretada se le pague desde "la época de la demanda respectiva, conforme lo ha resuelto en ocasiones análogas esa Suprema Corte."

Para resolver lo que se estima legal, la Corte considera:

"Toda resolución judicial, sea de la clase que fuere, en que se haya incurrido en un error pura y manifiestamente aritmético, es corregible o reformable en cualquier tiempo por el mismo Juez o Tribunal que la pronunció, de oficio o a solicitud de parte, pero sólo en el error numérico cometido." Código Judicial, artículo 862.

En el caso presente la solicitud no tiende a rectificar ningún error, ni menos a llenar ninguna de las omisiones que menciona el artículo 17 de la Ley 169 de 1896, y por consiguiente no puede ser atendida.

Además, el artículo 421 del Código Civil dispone "que los alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagarán por mesadas anticipadas"; pero no hay que olvidar que este artículo regula "los alimentos que se deben por ley a ciertas personas," y en manera alguna se refiere estrictamente a las concesiones gratuitas que el Estado hace a los servidores que con toda fidelidad y señalado cumplimiento han laborado en beneficio del mismo Estado en un lapso más o menos largo, determinado por el legislador.

Consecuente con el espíritu del artículo 421 citado, la Corte ha decretado el pago de las pensiones desde la fecha de la primera demanda, cuando ella está ajustada a derecho y no es necesario dictar autos para mejor proveer.

Ahora bien: como ha sido doctrina constante de la Corte que la fecha precisa en que la demanda intentada genera derechos, y por consiguiente pago de la pensión, es aquella en que se ha perfeccionado el expediente; y como en el presente asunto hubo que dictar hasta tres autos para mejor proveer y obtener así la prueba completa necesaria para reconocer el derecho, hay que concluir que la petición del señor Tello es improcedente.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no accede a variar la fecha señalada en el fallo de doce de junio del corriente año, materia de esta petición.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

LUIS F. ROSALES—Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

El señor Recaudador de Hacienda Nacional de Bogotá, en auto de fecha diez y nueve de diciembre de mil novecientos treinta (dice treinta y uno), y con fundamento en el reconocimiento hecho en la misma fecha en favor de la Nación y a cargo de la International Securities Corporation of American, dictó mandamiento eje-

cutivo por la cantidad de tres mil ochocientos cuarenta pesos treinta y ocho centavos, más los intereses, al uno y dos por ciento mensual, sobre los impuestos sobre la renta a que el reconocimiento se refiere, desde el día en que se hicieron exigibles hasta el día del pago, y por las costas de la ejecución.

En auto de fecha tres de febrero de mil novecientos treinta y uno, dicho funcionario decretó el embargo de las sumas que en el Banco Royal de esta ciudad tuviera aquella institución, y por ausencia de la entidad ejecutada, nombró defensor de la misma al señor doctor don Manuel A. Alvarado, quien, posesionado del cargo y notificado del mandamiento ejecutivo, el día cuatro de febrero dicho, apeló del auto respectivo, y el seis de los mismos mes y año, fecha en que le fue notificado el auto sobre embargo, interpuso también apelación contra éste.

En memorial de fecha seis, el doctor Alvarado pidió al señor Recaudador "que sin perjuicio de la apelación que ha interpuesto, se sirva revocar la providencia a que vengo refiriéndome, y como consecuencia, también el auto de fecha tres de febrero, que ordenó el embargo y retención de las sumas que a cualquier título tenga el ejecutado en la Sociedad denominada International Securities Corporation of America."

Fundó su petición especialmente arguyendo "que entre nosotros no existe ninguna de estas fuentes que justifique la aplicación de las leyes sobre impuestos directos a los ciudadanos extranjeros que no tengan domicilio ni residencia siquiera sea transitoria," concluyendo que del título ejecutivo no resulta obligación ninguna contra la Compañía demandada, "Sociedad que por no estar domiciliada en el país, no le alcanzan los impuestos, y menos los directos y personalísimos, como el de la renta, que ni siquiera puede cobijar a los extranjeros transeúntes en el territorio de la República"; agregando, además, que "para que una acción ejecutiva pueda prosperar es de todo punto indispensable que esté probada la personería del ejecutado, si se trata de una persona jurídica, sencillamente, porque sin que exista el presunto deudor no es posible proceder contra él, y la existencia de las personas jurídicas tiene en la ley su manera especial de establecerse."

Con respecto a la revocatoria del auto sobre embargo, el señor defensor alega que no existe obligación que satisfacer por las razones ya expuestas, y porque se dictó sin haberse notificado previamente al defensor el auto de ejecución.

En providencia de fecha nueve de febrero del año en curso, el señor Recaudador de Hacienda Nacional negó la revocación solicitada de los autos mencionados, y en el efecto legal concedió el recurso de apelación contra los mismos; razón por la cual vinieron los autos a este Despacho, donde, legalmente tramitada la instancia, se pasa a resolver lo que se estima jurídico, mediante las consideraciones que siguen:

En larga exposición, el recurrente explana los mismos argumentos aducidos ante el señor Recaudador, para concluir sustentando la tesis de que no existe obligación por parte de sus defendidos, y que, por consiguiente, el mandamiento de pago por la vía ejecutiva debe revocarse.

Extensamente analiza la naturaleza del impuesto a la renta, y el carácter de extranjera no residente de

la corporación a quien defiende, para deducir las conclusiones ya expuestas. Empero, como según las disposiciones de los artículos 1008 del Código Judicial, 46 y 47 de la Ley 40 de 1907, y 180 de la Ley 105 de 1890, cuando a un Juez competente se le presente por parte legítima un documento o acto judicial de los que, conforme a este Código, traen aparejada ejecución, y se pida se decreta la de la obligación que él expresa, el Juez, sin citar ni oír al deudor, debe decretarla dentro de veinticuatro horas; como además de los actos y documentos mencionados en el artículo 46 de la Ley citada, según el artículo 96 del Código Judicial, prestan mérito ejecutivo las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores, a cargo de los deudores al Fisco por rentas o contribuciones; como para que los expresados actos y documentos presten mérito ejecutivo, deben estar otorgados y escritos con las formalidades legales, y registrados, además, los que deban serlo, conforme a las leyes, y como deberá decretarse ejecución cuando del documento exhibido resulte una obligación expresa, clara y exigible de pagar una cantidad líquida de dinero o de otra cosa de género, o de entregar una especie o cuerpo cierto, o de hacer; de todas estas disposiciones se concluye que el mandamiento ejecutivo tiene su fundamento en la prueba que se presente sobre la existencia de una obligación exigible, y que para dictarlo, los Jueces sólo deben tener en cuenta la parte extrínseca de los documentos, a los cuales la ley atribuye la fuerza necesaria para demostrar la obligación. Y como de otro lado la misma ley pone a salvo los derechos del ejecutado, concediéndole términos dentro de los cuales puede argüir contra la sustancia o contenido jurídico de esos documentos, mediante excepciones que destruyan no solamente la eficacia probatoria, sino también la obligación que ellos recen; ya que los argumentos aducidos por el recurrente tienden a desvirtuar esencialmente la obligación exigida, y no lo externo del documento con el cual se demuestra, hay que concluir que el auto que, fundado en los requisitos externos señalados por la ley, decreta la ejecución, hoy por hoy, conserva toda su fuerza y eficacia, desde luego que se conforman con las prescripciones legales, y dado que no ha llegado la oportunidad procedimental de discutir los hechos, razones o motivos que desvirtúen el contenido jurídico del documento, base de la ejecución.

Establece el artículo 188 de la Ley 105 de 1890 que si el ejecutado no paga ni presenta bienes suficientes para cubrir la deuda y las costas, prestando la correspondiente fianza, el Juez procederá a embargar, depositar y hacer avaluar los bienes que el acreedor denuncie como de propiedad del deudor. De esa disposición se deduce que para que pueda procederse al embargo de bienes del deudor ejecutado, es menester que se haya surtido la diligencia de notificación e intimación del mandamiento ejecutivo, ya que solamente después de llevada a efecto dicha diligencia es cuando puede saberse si el deudor paga o nó lo que se le demanda, y si presenta o nó bienes suficientes para cubrir la deuda y las costas. Cumple examinar si en el caso que se considera se violó la citada disposición.

El embargo de un bien mueble no se realiza por medio del simple auto que lo decreta. Es menester que se verifique la aprehensión de la cosa embargada, y en tratándose del embargo de una deuda es necesario que éste se comunique al respectivo deudor (artículo 1033 del Código Judicial). En el caso actual, es verdad que el auto en que se decretó el embargo de las sumas que a cual-

quier título tenga la entidad ejecutada en la Sociedad denominada The Royal Bank of Canadá, fue dictado un día antes de la notificación del auto ejecutivo, pero dicho embargo le fue comunicado al Gerente de la Sociedad últimamente nombrada el mismo día en que le fue notificado al defensor el auto ejecutivo, sin que conste que la indicada comunicación hubiera sido anterior a la notificación. De donde se sigue que no está demostrado que el embargo hubiera sido anterior a la notificación del mandamiento ejecutivo.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes los autos materia del presente recurso, siendo las costas a cargo del recurrente.

Cópiese y notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente devuélvase el expediente.

LUIS F. ROSALES—Enrique A. Becerra—Julio Luzzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Luis F. Rosales.

Del documento en que se funda esta ejecución no resulta, a mi juicio, una obligación expresa, clara y exigible de pagar la cantidad demandada, porque no consta que el ejecutado—persona extranjera—esté domiciliado en el territorio colombiano, o tenga negocios radicados en él, o sea siquiera transeúnte. Por el contrario, en los antecedentes de la ejecución aparece que se trata de una compañía extranjera, radicada en la ciudad de Toronto, en el Canadá, y que en el Ministerio de Industrias, en donde se toma razón de las sociedades extranjeras legalizadas en Colombia, no aparece la demandada, International Petroleum Company Limited, ejecutada aquí, ni se tiene noticia acerca de cuál puede ser su representante en Colombia. Y el Secretario de la Recaudación de Hacienda Nacional de Cundinamarca informa a su turno que no ha podido dar con administrador o encargado alguno de los negocios de la Compañía. (Folios 4 y siguientes).

No estando acreditadas las circunstancias indicadas antes—domicilio de la Compañía en el territorio nacional o negocios radicados en el país, sin residir en él—no me explico cómo pueda procederse ejecutivamente contra dicha Compañía. El juicio ejecutivo presupone, como su nombre lo indica, la existencia de la obligación; no en forma probable o discutible, sino de manera evidente e incuestionable. De aquí que, en concepto del suscrito, no presten mérito ejecutivo los reconocimientos hechos por la Administración de Hacienda Nacional sin la plena certidumbre, sin la completa justificación de ser contribuyente del impuesto la Compañía de que se trata.

Y tal es la incertidumbre a este respecto, que así la Corte como el Procurador de la Nación, esperan formar una convicción definitiva—así se desprende de sus propias palabras—cuando venga el incidente de excepciones perentorias.

¿Qué podrá probar en este incidente la Compañía ejecutada? El no estar domiciliada o no tener negocios radicados en Colombia, son hechos negativos que no

puede probar, a menos que se pretenda que traiga certificados de todos los Notarios de Colombia sobre su no legalización aquí, y declaraciones de todos los habitantes del territorio acerca de que no tiene agentes o gestores de sus negocios en la República. Total: que como el excepcionante debe probar los hechos en que funda sus excepciones (Código Judicial, artículo 542), y como la Compañía no podrá hacerlo por la razón ya expuesta, de ser negativos esos hechos, irremediablemente será condenada; de suerte que ni para entonces podrá la Corte y el Procurador adquirir la convicción que hoy, por lo visto, no tienen completa.

Y si en vista de lo que acabo de decir, llegare a replicarse que la Compañía no estaría obligada a probar hechos negativos, entonces ¿porqué y para qué se emplaza al ejecutado para cuando venga el incidente de excepciones?

Otro motivo justifica mi disenso: que el ejecutante no ha comprobado la personería de la Sociedad demandada. La Corte contesta que eso es materia de excepción. No es materia de excepción, porque la personería del demandado tiene que ser probada por el demandante. Así lo pregonan el artículo 164 de la Ley 40 de 1907, que dice:

“El demandante no está obligado a acreditar la personería de la parte demandada al proponer la demanda” (subrayo yo).

La frase subrayada indica que es obligatorio para el demandante dar la comprobación mencionada, aunque pueda hacerlo después de promovida la demanda. Por supuesto que esta facultad la tiene el demandante en otros juicios, no en el ejecutivo, en donde por su naturaleza especial no puede dejarse para después el comprobar la existencia de la obligación y de su responsable.

En los términos que preceden dejó salvado mi voto.

Bogotá, junio 18 de 1931.

Luis F. Rosales—Luzzardo Fortoul—Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

DISTRIBUCION DE LA “GACETA JUDICIAL”

Por orden del Presidente de la Corte, la Relatoría ha enviado directamente la *Gaceta Judicial*, desde el número 1869, inclusive, a cada uno de los Tribunales, Jueces Superiores, de Circuito, Municipales, Fiscales y Personeros de las diferentes poblaciones de la República. A los Tribunales Superiores se les remite determinada cantidad para la distribución interna de la entidad, más un excedente que debe conservarse como reserva en el archivo respectivo.

LEYES EXPEDIDAS POR EL CONGRESO NACIONAL en su legislatura del año de 1927.

Edición oficial revisada por el Consejo de Estado, con vista de los respectivos originales, pertenecientes al Archivo del Congreso.

De venta en la Administración del Diario Oficial, carrera 9ª, número 188, a \$ 1-50 el tomo en rústica.

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXIX

Bogotá, septiembre 1° de 1933.

Número 1881

Director, FERNANDO GARAVITO A.,
Relator de la Corte.

SALA DE CASACION CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito de Honda, Elías González H. entabló juicio ordinario contra la Compañía denominada The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited, como concesionaria del Cable Aéreo entre Mariquita y Manizales, representada por James S. Moffat, para que se le condene:

1° A cumplir y ejecutar las sentencias de fechas quince de febrero y catorce de octubre de mil novecientos diez y ocho, dictadas por el Juez del Circuito del Fresno, en el juicio de expropiación que se determina luego, y, por consiguiente, a pagarle al actor la suma de ciento cinco mil ochocientos sesenta y nueve pesos oro, fijada en la segunda de dichas sentencias, como valor o precio de las zonas expropiadas y de los perjuicios provenientes de la misma expropiación, junto con los intereses de dicha suma, desde que se hizo exigible hasta que se verifique el pago.

2° A pagar al actor el valor de los gastos generales hechos por él en el juicio de expropiación citado, que terminó con las referidas sentencias.

3° A pagar los frutos o usufructos de la superficie de las zonas de propiedad del actor ocupadas por la Compañía demandada, en todo el tiempo anterior a las sentencias de expropiación, valor que se fijará por peritos en este juicio.

4° A pagar los daños y perjuicios provenientes de no haber podido el actor explotar la mina de su propiedad, denominada San Miguel, en la parte ocupada por las torres del cable aéreo y la estación del Fresno, en el tiempo anterior a la sentencia de expropiación, daños y perjuicios que se estimarán en este juicio.

5° Costas.

Hechos fundamentales de la demanda:

1° Entre el Gobierno Nacional y la Compañía denominada The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited, existe el vínculo de un contrato, en que se declaró de utilidad pública la obra del Cable Aéreo entre Mariquita y Manizales, para el sólo efecto de las expropiaciones de los terrenos necesarios para el desarrollo de la Empresa. Este contrato está publicado en el número 14253 del Diario Oficial, correspondiente al veinte de marzo de mil novecientos once.

2° El concesionario se obligó a adquirir a su costa, de los particulares, los terrenos necesarios para la vía y sus anexidades, y contrajo también la expresa obligación de pagar las zonas que la Nación expropiara mediante los juicios correspondientes de expropiación, en caso de que no pudiera adquirirlos de aquéllos.

3° La Compañía The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited solicitó, en memorial especial y expreso, fecha veinticuatro de enero de mil novecientos diez y ocho, dirigido al señor Ministro de Obras Públicas, la expropiación de las zonas de mi propiedad, pertenecientes al predio minero denominado San Miguel, determinadas en la sentencia de expropiación, por no haber podido arreglar conmigo la adquisición ni el uso de tales zonas.

4° El Poder Ejecutivo dictó la Resolución de fecha primero de febrero de mil novecientos diez y ocho, en la cual dispuso autorizar al Personero de este Municipio para promover el juicio de expropiación de tales zonas para el cable aéreo entre Mariquita y Manizales, y allí mismo dispuso que el pago de ellas sería de cargo de la Compañía The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited, de acuerdo con la sentencia respectiva.

5° El señor Personero de este Municipio promovió contra mí el juicio de expropiación de las zonas en referencia ante el Juzgado de usted, en donde se dictó la sentencia de fecha quince de febrero de mil novecientos diez y ocho, en la cual se decretó la expropiación de ellas para la obra del Cable, y se impuso a la Compañía The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited, la expresa obligación de pagarles de acuerdo con el avalúo de los peritos y la sentencia respectiva.

Esta sentencia fue aceptada por mí y por el demandante, y está hoy ejecutoriada.

6° Nombrados los peritos por las partes, y dado su dictamen, el Juzgado de usted avalúo las zonas y los perjuicios de la expropiación en la suma de ciento cinco mil ochocientos sesenta y nueve pesos (\$ 105.869) oro, que la misma sentencia declaró debía pagarme la expresada Compañía concesionaria. Esta sentencia quedó ejecutoriada. Ley del proceso, e intocable por expresa declaración del Tribunal Superior de Ibagué.

7° No obstante haber yo exigido de la Compañía concesionaria el pago de la suma expresada en el hecho anterior, aun por la vía judicial, tal Compañía se ha negado a hacer el pago y aún no lo ha verificado, haciendo caso omiso de la ejecutoria de las sentencias de expropiación y de la que fijó el valor de las zonas y de los perjuicios correspondientes.

8° La Compañía The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited está ocupando con la obra del Cable y la estación del Fresno, las zonas de mi propiedad, las ha estado usufructuando desde hace más de seis años, sin pagarlas, no obstante que la indemnización debe ser

previa, de acuerdo con el artículo 5° del Acto Legislativo número 3 de 1910.

9° La misma Compañía me ha impedido, mediante la ocupación de las zonas expropiadas, la explotación o laboreo de los minerales que se hallan en el subsuelo de ellas, causándome grandes perjuicios.

10. La expropiación de las referidas zonas de mi propiedad se decretó directa y definitivamente para The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited, y esta Compañía las está explotando en calidad de expropiante, por conducto del Gobierno, única calidad que legalmente le corresponde.

11. La Compañía The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited, es cesionaria del contrato para el establecimiento del Cable Aéreo entre Mariquita y Manizales, cuya cesión está publicada en el Diario Oficial número 14900, de veinticuatro de mayo de mil novecientos trece.

El demandado contradujo las acciones, y opuso, además, las siguientes excepciones perentorias:

a) Ilegitimidad de la personería del demandante o demanda sustantivamente inepta, por dirigirse contra persona distinta de la obligada a responder.

b) Inexistencia de la obligación.

c) Pago de lo debido.

d) Petición antes de tiempo.

e) Arreglo privado.

f) Falta de acción; y

g) Nulidad de las sentencias cuya ejecución se pide.

El Juez falló el pleito así:

"Primero. No se entra a estudiar la excepción de ilegitimidad de la personería del demandado.

"Segundo. Se declaran probadas las demás excepciones perentorias propuestas por el demandado.

"Tercero. Se condena al actor en las costas del juicio."

Por apelación de ambas partes, el Tribunal Superior de Ibagué decidió:

"Reforma la sentencia apelada, absolviendo al demandado de las peticiones de la demanda. Sin costas."

El demandante recurrió en casación.

El recurso es admisible y se basa en la primera y segunda causales de casación.

Segunda causal.

Se acusa la sentencia por incongruencia de defecto, en razón de no haber resuelto sobre puntos que han sido objeto de la controversia judicial. El demandado, al contestar la demanda, argumenta el recurrente, opuso las excepciones perentorias que se dejan mencionadas, las cuales tenían por objeto enervar definitivamente la acción intentada; eran puntos sometidos a controversia por una de las partes, y han debido, por tanto, ser materia del fallo del Tribunal. Esta corporación declaró expresamente, en la parte motiva de la sentencia, que no era el caso de estudiar esas excepciones; y luego en la parte resolutive decidió lo mismo. El Tribunal dejó de aplicar el artículo 483 del Código Judicial, que textualmente manda lo siguiente:

"Las excepciones perentorias... se deciden en la sentencia definitiva."

Se responde:

El objeto que tienen las excepciones perentorias es hacer ineficaz una acción, ya hiriendo la obligación en sí misma, ya oponiendo un hecho que la haya extinguido.

Si una sentencia no halla comprobado el título con que se entabla la acción, ni comprobado el derecho que por ésta se persigue, inútil es la excepción perentoria, la cual presupone el reconocimiento por el Juez de aquel título y derecho. En el presente caso el Tribunal aplicó esta norma de lógica, y dijo al efecto:

"No habiendo probado el demandante la acción intentada, no es el caso de entrar a estudiar las excepciones propuestas."

Primera causal.

Primer cargo. Violación del artículo 831 del Código Judicial, que dispone:

"La sentencia ejecutoriada debe cumplirse; funda la excepción de cosa juzgada y hace nula cualquiera otra sentencia posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas personas, con excepción de los casos expresados en el artículo siguiente y de las sentencias pronunciadas en los juicios sumarios, pues si bien deben cumplirse y ejecutarse, pueden ser revisadas en juicio ordinario, en los casos expresamente previstos por la ley."

Las sentencias de fechas quince de febrero y catorce de octubre de mil novecientos diez y ocho, dictadas por el Juez del Circuito del Fresno, decretaron la expropiación de una zona de propiedad del recurrente, y determinaron que se pagase a éste una suma de dinero en razón de indemnización. La primera sentencia dispuso que la Compañía "pagara el valor de las zonas que se expropiasen, conforme al avalúo hecho por los peritos y a la sentencia respectiva"; y en la segunda sentencia se fijó el valor de la indemnización en la cantidad de \$ 105.869; por lo mismo es de estricta aplicación el artículo 831 del Código Judicial, por estar ejecutoriadas aquellas sentencias y haber pasado a tránsito de cosa juzgada. El Tribunal, sin embargo, declara en su sentencia que no es el caso de aplicar aquella disposición en el pleito, sino el artículo 846 del mismo Código, según el cual una sentencia no perjudica a los que no han sido parte en el juicio, y la Compañía demandada no lo fue en los litigios que fueron materia de las antedichas sentencias.

Cierto es, arguye el recurrente, que en el juicio de expropiación, técnicamente hablando, el contratista de una obra declarada de utilidad pública no es parte, porque el juicio se sigue entre el representante de la Nación, del Departamento o del Municipio, según el caso, y el particular propietario; pero otro es el fenómeno jurídico que debe estudiarse, cuando ha mediado un contrato entre el empresario de la obra y la entidad pública que hace la concesión, como sucede en el presente caso, pues entonces, si el contrato contiene la estipulación de que el contratista habrá de pagar el valor de las fincas que se expropián, la sentencia sobre enajenación forzosa va a producir efectos obligatorios para el expropiado y para el contratista; este último se ha comprometido solemnemente a aceptar y ejecutar esa sentencia; el concesionario no es parte en el juicio, pero la sentencia le afecta sustancialmente. La cláusula compromisoria del contrato es, por su naturaleza, una estipulación a favor de terceros que no se designan por sus nombres, pero que se determinan de una manera que si bien general, es distintiva: los dueños de los terrenos expropiados.

El tercero, en cada caso, tiene derecho a la indemnización, y el empresario se la debe en virtud de la obligación que contrajo en el contrato con el Gobierno, la

cual queda individualizada desde que el empresario pide al Estado que obtenga la expropiación contra determinada persona. Deduce el recurrente de estos razonamientos la violación del artículo 831 del Código Judicial.

Se considera:

La sentencia del Tribunal para negar la primera acción de la demanda, en la cual pide el actor que se obligue al demandado a "cumplir y ejecutar las sentencias de fechas quince de febrero y catorce de octubre de mil novecientos diez y ocho, ya mencionadas, y a pagar, por consiguiente, la suma de \$ 105.869 oro, en que se estimó el valor de la indemnización a causa de la expropiación," se apoya en los siguientes fundamentos:

a) Que no pueden considerarse como sentencias definitivas las que decretan la expropiación, ni las que fijan el avalúo, por más que confieran ciertos derechos dentro del juicio de expropiación, porque según el mandato del artículo 5° del Acto legislativo número 3 de 1910, la expropiación no tendrá lugar antes de que se verifique el pago al damnificado, y por esta razón el artículo 8° de la Ley 35 de 1915, solamente da valor de título traslativo de dominio a la diligencia de entrega en que ha de constar el pago de la indemnización de lo expropiado, diligencia que está sujeta a la formalidad del registro.

b) Que el avalúo que se hace en el juicio especial de expropiación es provisional, según los artículos 21 y 22 de la Ley 35 de 1915, y puede revisarse en juicio ordinario, de suerte que la sentencia que fija la indemnización sobre el avalúo carece de la autoridad de cosa juzgada.

c) Que en un fallo anterior dictado en este mismo juicio, el Tribunal había declarado que no era parte la Compañía del Cable Aéreo, y siendo esto así, es de rigurosa aplicación el artículo 846 del Código Judicial, en virtud del principio de que ninguno puede ser lesionado en sus derechos por sentencia pronunciada en un juicio en que no haya sido oído y vencido.

La acusación del recurrente en el motivo que se examina, ataca este último fundamento que el Tribunal adujo en orden secundario.

La base principal del fallo es la declaración de que las sentencias de expropiación y fijación del monto de la indemnización, no pueden considerarse como definitivas, ya porque no ponen fin al juicio de expropiación, ya porque la que impone la obligación de pagar cierta cantidad como indemnización es susceptible de revisión en juicio ordinario ulterior.

Para establecer el orden lógico de la sentencia, olvidado por el recurrente en su recurso, la Corte antepone el estudio del último cargo sustantivo de la demanda de casación para examinar luego los otros, si a ello hubiere lugar. Es a saber:

Segundo cargo: capítulo II. Error de derecho en la apreciación de las sentencias traídas a los autos como pruebas fundamentales de la demanda. Se refiere el cargo a la declaración contenida en la sentencia, de que "no pueden considerarse como sentencias definitivas las que decretan la expropiación ni las que fijan el avalúo," por las razones que se dejan enunciadas.

Hay error en esta apreciación, argumenta el recurrente, porque aquellas sentencias tienen el carácter de definitivas, tanto en la forma como en el fondo, porque se han pronunciado sobre la controversia que ha sido materia del juicio (artículo 824 del Código Judicial); están ejecutoriadas (artículo 28, Ley 169 de 1896); y aunque

el avalúo de la finca puede modificarse en juicio ordinario, la sentencia de expropiación que lo contiene debe cumplirse.

Se considera:

La parte recurrente, desde la demanda misma con que se inició este juicio, ha venido sosteniendo su acción desde el punto de vista ordinario de procedimiento judicial, de que una sentencia tiene la autoridad de cosa juzgada, y debe cumplirse hasta ejecutivamente respecto de las partes, si se ha dictado en última instancia, o no ha mediado recurso legal contra ella; considera, en suma, que tanto la sentencia que dicta el mandamiento de enajenación forzosa, como la que ordena pagar en concreto la indemnización al propietario, pertenecen a aquellos fallos ordinarios en que la autoridad judicial atribuye el dominio de la cosa en favor de quien la reclama y condena; por otra parte, al adquirente al pago de su precio, es decir, en suma, que declara y sanciona derechos y obligaciones preexistentes. Pero esta manera de ver no es bien exacta en tratándose de la institución constitucional de enajenación forzosa por motivo de utilidad pública, desarrollada por las Leyes 56 y 119 de 1890, 104 de 1892, 35 de 1915 y 84 de 1920, todo lo cual constituye un sistema legal *sui generis*, que se aparta en puntos sustanciales del Derecho Civil común.

Domina este sistema el canon constitucional consignado en el artículo 5° del Acto legislativo número 3 de 1910:

"Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber enajenación forzosa mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificarse la expropiación."

La enajenación forzosa, según esta disposición y las leyes anexas, es una operación compleja, en la cual entran elementos jurídicos de diverso orden, correlacionados íntimamente entre sí, y cuya íntegra concurrencia es indispensable para que la expropiación se verifique: motivos de utilidad pública definidos por el legislador, requisito éste que constituye una valiosa garantía de la propiedad privada; pues no basta para justificar la expropiación que a una autoridad le venga en talante hallar conveniencia pública en obra que no la tiene en realidad, sino que es necesario que la autoridad legislativa, en sus tres gradaciones, nacional, departamental o municipal, la defina.

La autoridad ejecutiva concurre luego con otro elemento suyo, cual es la resolución en que se determina la cosa expropiable y el motivo y objeto de la enajenación forzosa.

Sobre esta base concreta, el Estado, por conducto del representante de la Nación o del Departamento o del Municipio, según el caso, acude al Poder Judicial en demanda del mandamiento de enajenación forzosa contra el propietario.

Se abre la acción pública para que éste, como parte demandada, haga valer su derecho, ya aceptando el mandamiento o disputándolo, ya para discutir el monto de la indemnización.

Si la acción prospera, recae sobre ella el mandamiento de enajenación, en forma de sentencia, en la cual se determina a la vez el monto de la indemnización, sentencia que debe registrarse no a fuer de tradición de la propiedad, sino en razón de la formalidad que exigen los artículos 2659 y 2673 del Código Civil,

como necesaria para que haga fe ante las autoridades y surta efectos respecto de terceros.

Viene entonces como otro de los requisitos ordenados por el Acto legislativo número 3, el pago de la indemnización al propietario, ora por el Estado en sus tres personificaciones—Nación, Departamento o Municipio—cuando la expropiación es para sí; ora por el empresario, cuando media contrato que le impone esta obligación.

Como acto final de la autoridad que sella la expropiación, el Juez procede a la entrega de la finca al demandante, de la cual se deja constancia en un acta o diligencia que debe contener la parte resolutive del mandamiento de enajenación, los datos precisos que identifiquen la cosa expropiada; la prueba del pago de la indemnización hecha al propietario y cualesquiera otros damnificados. Es entonces, cuando cumplidos todos estos elementos esenciales de la expropiación, ordenados por el Acto legislativo número 3, y registrada la diligencia de entrega, cuando queda creado el título traslativo de dominio y verificada la tradición legal y la entrega material de la cosa. La diligencia es, según la expresa declaración de la Ley 35, artículo 8°, el título traslativo de dominio.

En el sistema que acaba de exponerse, el mandamiento judicial de enajenación y la fijación y mandato de pago previo de la indemnización, si bien no son sentencias que versan sobre puntos principales en el juicio de expropiación, y una vez ejecutoriadas y registradas obtienen el carácter de cosa juzgada respecto de los puntos sobre que versan; en sentido meramente procesal no alcanzan ellas, sin embargo, por sí solas, a producir el fenómeno jurídico de la enajenación forzosa, el cual se verifica, según queda demostrado, cuando a esos fallos judiciales se agregan el pago previo de la indemnización, la tradición legal y la entrega material al adquirente de la cosa expropiada.

El título de la enajenación forzosa pertenece a la clase conocida en derecho con el nombre de títulos complejos o mixtos, en los cuales entran como componentes varios actos con efectos jurídicos propios, que son otros tantos elementos esenciales requeridos para que el título quede constituido. Uno de estos elementos es el **pago previo** de la indemnización, que no podría reemplazarse por una simple obligación de deuda. Por esto dice, con razón, la sentencia del Tribunal:

“Si el que solicita la expropiación no paga, porque no tiene con qué, o porque no quiere pagar, la expropiación no puede tener lugar, ni se hará el título traslativo de la cosa materia de la expropiación.”

Hay dos casos de excepción a estos principios rigurosos, previstos por las leyes sobre la materia: la excepción que establece el artículo 32 de la Ley 56 de 1890, según el cual las expropiaciones que se verifiquen en tiempo de guerra por las autoridades políticas o militares no están sujetas a las formalidades ordenadas por el Acto legislativo mencionado, disposición ésta que se explica, porque en tiempo de guerra declarada en la forma constitucional, imperan los principios propios del estado de sitio en la República, según el artículo 33 del mismo Acto legislativo.

La otra excepción es la establecida en los artículos 21 y 22 de la Ley 35 de 1915. Permiten estos artículos que, a pesar de estar consumada la expropiación, puedan las partes interesadas en el juicio entablar uno nuevo, ordinario, “para contradecir el avalúo por causa de error o de dolo esencial en la estimación de la cosa expropiada. Si la sentencia que recayere variare en más o

menos el avalúo provisional, tendrá el propietario, en el primer caso, acción ejecutiva contra la empresa por la diferencia sentenciada.” Estas disposiciones son especiales a las expropiaciones destinadas a la construcción de vías férreas, en cuya especie el Tribunal, en alguna ocasión, incluyó con razones bastante dudosas los cables aéreos. Esta excepción es más aparente que real. No dispensa al expropiante del pago previo y efectivo de la indemnización, sino que por virtud de un juicio ulterior se crea a su favor un título adicional de acreencia, que es la sentencia respectiva. Este último fallo no es propiamente un elemento de la enajenación, sino la fuente de una obligación personal. En ninguno de los referidos casos de excepción se halla el recurrente.

Empero, en el estudio del motivo de casación que se viene examinando, surge una cuestión importante, que procede de la disposición del artículo 4° de la Ley 84 de 1920, que reza:

“Las sentencias que se dicten de conformidad con las disposiciones de la presente Ley, prestan mérito ejecutivo para exigir el pago del precio y la indemnización, salvo que el interesado en la expropiación renuncie el derecho a que se consume la expropiación, o que tal interesado sea la Nación, el Departamento o el Municipio.”

Disposición es ésta que si hubiera de aplicarse a todos los casos de expropiación, sin referirla a ciertos asuntos excepcionales, resultaría, si no contraria, al menos discorde con el sistema constitucional de enajenación forzosa y las leyes que lo desarrollan.

En efecto, si la expropiación, según el artículo 5° del Acto legislativo, no puede verificarse “sin indemnizar el valor de la propiedad previamente,” y el dominio de la cosa, sin tal requisito, permanece en el patrimonio de su dueño, y sin embargo, éste tuviera la acción ejecutiva de cobro por el precio y por perjuicios, resultaría el absurdo jurídico de una acción otorgada por la ley que carece de causa. La dialéctica condena semejante conclusión. Esta ley puede explicarse como medida de protección a los propietarios que, a pesar de la garantía constitucional establecida en el Acto legislativo citado y las leyes conexas, han sido despojados de su propiedad. No son escasos los ejemplos de tan grave atentado al derecho individual, consentido y apoyado por las autoridades. Así entendida la ley, lejos de ser antinómica con la Constitución, tendría por fin respaldar la garantía de la propiedad privada, sujetando al despojante por la vía judicial a pagar la indemnización cuyo pago no ha verificado oportunamente.

Como consecuencia de estas consideraciones, la Corte concluye que si las sentencias a que se refiere el cargo son definitivas y están ejecutoriadas a la luz de la ley de procedimiento, ellas no son, sin embargo, de por sí, título suficiente para exigir el precio de la cosa, que si bien sometida a un mandamiento judicial de expropiación, ésta no se ha realizado todavía, mientras no se cumplan todos los requisitos establecidos en el artículo 8° de la Ley 35 de 1915, salvo las excepciones anotadas.

El cargo no es fundado.

Se procede a estudiar el primer cargo de la demanda de casación, cuyo examen se pospuso al del motivo que acaba de considerarse.

Según ha sido planteado por el recurrente, hace proceder la infracción del artículo 831 del Código Judicial, o sea la violación de la cosa juzgada, no ya a causa de que el Tribunal hubiera dejado de darle efectos a las sentencias de quince de febrero y catorce de octubre de mil novecientos diez y ocho, varias veces mencionadas,

contra la Compañía demandada, por no haber sido parte en el juicio en que se dictaron, sino que la violación de aquel artículo se origina del hecho de haber desconocido el Tribunal la obligación que el primitivo empresario, Tomás Miller, contrajo en el artículo 2º del contrato celebrado con el Gobierno el dos de marzo de mil novecientos once, según el cual "en las propiedades de particulares el concesionario deberá obtener a su costa el terreno necesario para la vía y sus anexidades. En caso de que el concesionario no pueda arreglar la adquisición de los terrenos con los particulares, el Gobierno promoverá los juicios de expropiación correspondientes; pero en todo caso será de cargo del concesionario el pago de las zonas que se expropian."

En sentir del recurrente, si el concesionario no es parte en el juicio de expropiación, la sentencia, a virtud del contrato con el Gobierno, sí le impone la obligación de hacer el pago de la indemnización al expropiado. La condenación futura de la indemnización fue aceptada de antemano por el empresario, y ella quedó realizada posteriormente por las dos sentencias; y la estipulación de pago fue de aquellas reconocidas en derecho como contraídas a favor de una tercera persona, que habría de ser el propietario expropiado.

Tal es la síntesis del cargo.

Se considera:

Este motivo propiamente no versa sobre violación de la cosa juzgada, sino sobre infracción de la ley del contrato.

Es cierto que el contrato mencionado arriba contiene una obligación de pago de la indemnización a cargo del empresario, representado hoy por la Compañía constructora del cable, a virtud del traspaso legítimo de aquel contrato; pero ello no sería bastante para llegar a la conclusión de que hoy estuviera la Compañía demandada obligada a cubrir la indemnización.

Ya se deja demostrado al examinar el motivo anterior, que la fuente de la obligación de pago no se halla tan sólo en las sentencias que se dictan en el juicio de expropiación, sino que el conjunto de derechos y obligaciones que pueden crearse a virtud de una enajenación forzosa por motivo de utilidad pública, no logran perfeccionarse sino cuando quedan cumplidos los requisitos que exige el artículo 8º de la Ley 35 de 1915. La cláusula del contrato con el Gobierno es cierto que obliga a la Compañía al pago de la indemnización; y es cierto también que el pago en razón de un acto de expropiación debió verificarse antes de que ésta pudiera consumarse, consumación que no puede acaecer sino cuando se hallan cumplidos todos los requisitos sucesivos, desde la declaración de utilidad pública hasta el registro de la diligencia de entrega. El pago de la indemnización no se ha hecho, ni la entrega de la finca tampoco; y si los otros requisitos se han cumplido, habrá, sin duda, una enajenación forzosa iniciada, más no perfeccionada.

Además, aun tomando el punto de vista del recurrente, de que a virtud de estipulaciones contractuales con el Estado, el empresario de la obra del Cable hubiera tomado sobre sí la obligación futura de pago de la indemnización que resultase determinada en el juicio de expropiación, es circunstancia de muy grave alcance que respalda el fallo del Tribunal, la de que, a pesar de haber intervenido la Compañía en el juicio sobre indemnización, le fuera denegado en providencia del Tribunal, de fecha ocho de mayo de mil novecientos diez y nueve,

el derecho a que su recurso de apelación concedido hubiera sido considerado y decidido por el superior. La Compañía, en el mandamiento de enajenación forzosa, de fecha quince de febrero de mil novecientos diez y ocho, había quedado condenada al pago de la indemnización, y cuando en juicio ulterior hubo de debatirse el monto de ésta, a pesar de haber intervenido en esa actuación como interesada directamente, puesto que era el deudor a quien obligaba el fallo, quedó, sin embargo, privada del derecho de alzada.

Así las cosas, si bien el contrato con el Gobierno le imponía en abstracto la obligación de pagar la indemnización, obligación que no podía realizarse sino mediante la sentencia que fijase el monto de esa indemnización, era de estricto rigor legal que se le escuchase, pues de otra suerte, la inexplicable providencia del Tribunal que le cerró el camino de la apelación, puso a la Compañía en la condición de que pesase sobre ella el cumplimiento de una obligación sin haber sido oída con la plenitud de las formalidades legales de procedimiento.

Otra cuestión hubo de suscitarse en el juicio de expropiación que decidió también el Tribunal, y se ha traído en casación, es a saber: la Compañía demandada opuso, a fuer de excepción perentoria, el hecho de que ella ocupaba el terreno materia de la expropiación con obras pertenecientes a la obra del Cable, no por razón de enajenación forzosa, sino a título de servidumbre perpetua de tránsito, constituida por el demandante a favor de la Compañía demandada, por escritura pública número 350, Notaría del Fresno, de fecha catorce de noviembre de mil novecientos trece. La Compañía demandada, en vez de plantear la litis en el terreno de defensa de fondo, oponiendo título a título, como era obvio, optó por la forma incorrecta de excepción perentoria, vía torcida, que indujo inadvertidamente al Tribunal a considerar también como una excepción lo que era contradicción directa a la acción, y hallando que en su concepto esta última era infundada, se abstuvo de fallar la pseudo-excepción. Pero, por otra parte, la misma sentencia, en su parte motiva, trató el punto, no en el concepto de excepción, sino en el de una de las defensas principales aducidas contra las acciones accesorias de pago de frutos e indemnización de perjuicios derivados de la expropiación. Al efecto, se expresa el Tribunal así:

"Se ha alegado por el demandante que tal contrato (de servidumbre) no llegó a tener eficacia, porque en él se estipuló que lo someterían a la ratificación expresa del señor Tomás Miller, apoderado general de la Compañía, y que no aparece tal ratificación expresa. Efectivamente, allí se estipuló esa ratificación expresa, porque el doctor Pedro Saravia no estaba facultado para la estipulación sexta de la escritura; pero es lo cierto que consta en el instrumento que González recibió los cien pesos valor de la servidumbre, y que por virtud de ese contrato se verificó la ocupación de las zonas de terreno de González, y no por causa de la expropiación. La invalidez del contrato no se pidió en la demanda, y aunque pueda tener derechos que ejercer González por razón de la ratificación expresa del contrato que ha tenido su ejecución en parte por los contratantes, como no se fundó la demanda en esos hechos, no es lícito al juzgador apoyar la sentencia en otros hechos, aunque resulten probados."

La tesis del Tribunal, como se ve, se concreta en estas dos proposiciones:

a) La ocupación del terreno por la Compañía se ejecutó en virtud del contrato de servidumbre y no en razón de la expropiación; y

b) No fue obstáculo a esa ocupación, a título de servidumbre, la invalidez de ese contrato; pero como tal vicio no fue enunciado, no se pidió que se declarase en la demanda, ni ésta se fundó en este hecho, ni en la ocupación de facto, no es lícito al juzgador apoyar la sentencia en otros hechos.

El recurrente, en vez de combatir en casación la tesis no muy cierta de que el juzgador sólo puede sentenciar en razón de los hechos aducidos y comprobados como fundamento de la demanda, y que nada tiene qué ver con los alegados y probados en pro de la defensa del demandado; tesis que no se amolda a las disposiciones de los artículos 838 y 839 del Código Judicial, que mandan precisamente que las sentencias deben hacerse extensivas a todos los puntos de la controversia y a cada uno de los puntos del litigio, cuando son varios, ya procedan de la demanda, ya de la defensa; el recurrente, en vez de acusar aquel concepto del Tribunal, toma otro camino, y concediendo que el contrato fuese perfecto y efectivo, formula este otro cargo:

Tercer cargo. Violación del artículo 942 del Código Civil y del 483 del Código Judicial. Dispone el primero, en sus ordinales 1º y 3º:

"Las servidumbres se extinguen por la confusión, o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño."

Dispone el artículo 483 del Código Judicial:

"Las excepciones perentorias se deciden en la sentencia definitiva."

El recurrente desarrolla el cargo así:

"Suponiendo perfecto el contrato, no es razón para no decretar el Tribunal el cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas dictadas en el juicio de expropiación. La Compañía ha sostenido que tenía derecho a ocupar las zonas con sus torres; pero una cosa es el ejercicio de ese derecho a virtud del contrato de servidumbre, y otra es pedir la adquisición de la propiedad de dichas zonas, como en el caso presente, en que la Compañía pidió y obtuvo la expropiación. Con las sentencias de expropiación se ha verificado el fenómeno jurídico denominado **confusión**, de que trata el artículo 942 del Código Civil. La servidumbre constituida a favor de la Compañía por la escritura citada, suponiendo perfecto el contrato, se extinguió por medio de las sentencias de expropiación."

Deduca el recurrente la violación del artículo 942, inciso 3º, del Código Civil.

Cuanto a la violación del artículo 483 del Código Judicial, razona el recurrente así: a pesar de que se dice en la sentencia que no es el caso de estudiar la invalidez del contrato de servidumbre, ni tampoco de entrar a estudiar las excepciones perentorias, entre las cuales está la relativa al arreglo contenido en la escritura mencionada, el Tribunal da, sin embargo, valor a este instrumento, cuando dice:

"Es lo cierto que consta en el instrumento que González recibió los cien pesos valor de la servidumbre, y por virtud de ese contrato se verificó la ocupación de las zonas y no por razón de la expropiación."

La Corte considera:

Para mejor método se invierte el orden de estos dos cargos, confundidos en uno solo, no obstante versar sobre cuestiones de índole diferente.

La violación del artículo 483 del Código Judicial no aparece demostrada. El Tribunal, en razón de un principio de procedimiento judicial, declaró que las excepciones propuestas no requerían decisión, una vez que la acción principal no prosperaba. Esto en el concepto de que la alegación de un título opuesto al de la acción del demandante pudiese ser una excepción. Pero el mismo Tribunal, penetrado de la naturaleza de la defensa, la estudió, y aunque estampó la declaración errónea ciertamente de que el juzgador debía limitar su fallo a los hechos aducidos como fundamento de la demanda y a las cuestiones de derecho de ellos derivadas, con todo, decidió contra su propia teoría el punto controvertido relativo a la causa de la ocupación del terreno por la Compañía, y este estudio fue uno de los fundamentos para el fallo de absolución. No se violó, por tanto, el artículo 483 del Código Judicial.

El cargo relativo a la infracción del artículo 942, inciso 3º, del Código Civil, si bien invoca esta disposición, que es inaplicable al caso del pleito, porque no se trata de la reunión perfecta de dos predios, uno dominante y otro sirviente, sin embargo, como lo apoya el recurrente en el concepto más amplio de la confusión, tal como está definida en el artículo 1724 del Código Civil: concurrencia en una misma persona de las calidades de acreedor y deudor, la Corte entra a considerar este motivo, porque el artículo 942 entra en el sistema legal sobre confusión.

La sentencia del Tribunal parte de estas dos premisas comprobadas:

1º Que González, constituyente de la servidumbre a favor de la Compañía, recibió el precio de ella; y

2º Que si la Compañía no ha ratificado expresamente el contrato en esa parte, la estipulación hecha a su favor por su apoderado, fuera de los límites, quedó ratificada por ella en virtud de actos que no se habrían podido ejecutar sino en virtud del contrato, es decir, que existe una aceptación tácita.

Estas premisas llevaron al Tribunal a la conclusión de que la actual demanda de cobro del valor de la indemnización no tiene título, ya porque la Compañía usa de las zonas en virtud del contrato de servidumbre que ambas partes han ejecutado, ya porque si la causa fuera la expropiación, ésta no se halla consumada.

No aparece, pues, fundado el cargo.

Cuarto cargo. Violación del artículo 20 de la Ley 35 de 1915 y del 1882 del Código Civil, y del 5º del Acto legislativo número 3 de 1910. Se dirige el cargo contra la doctrina que sienta la sentencia, en estos términos:

"El juicio de expropiación no concluye ni con el simple decreto de expropiación, ni con el avalúo de la cosa expropiada, sino con la diligencia de entrega que se haga al que solicita la expropiación, que es lo que pone fin del todo al procedimiento. La diligencia de entrega es el título traslativo de dominio, según lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 35 de 1915."

Objeta el recurrente esta declaración en tres conceptos: que ella se basa en una disposición que es aplicable a las expropiaciones comunes, mas no a las destinadas a la construcción de vías férreas, las cuales, respecto de la entrega de la cosa expropiada, se rigen por el artículo 20 de la misma Ley; que según este artículo, el pago debe hacerse primero, y después se verifica la

entrega, de modo que en el presente caso la Compañía no puede alegar que no paga porque no se le ha entregado la cosa, ya que el pago es previo a la entrega, tanto por virtud del artículo citado, como por mandato de la Constitución; y que una expropiación es en esencia una venta que no se diferencia de las ventas ordinarias, sino en que la enajenación se impone al dueño de la cosa, y rige, por tanto, para aquélla, la disposición del artículo 1882 del Código Civil.

Se considera:

No es exacto que el artículo 20 de la Ley 35 difiera esencialmente de su artículo 8°. Estas dos disposiciones están amoldadas al artículo 5° del Acto legislativo número 3 de 1910, y siendo ambas desarrollo de este canon constitucional, no podían diferir una de otra en principios. En efecto: el artículo 8° presupone el mandamiento judicial de enajenación, puesto que manda insertar en la diligencia de entrega "la parte resolutive de la sentencia que decretó la expropiación." Da como verificado el avalúo de la indemnización y su pago previo, una vez que dispone se deje constancia en el acta "del pago hecho al propietario y a los demás damnificados del valor de la correspondiente indemnización." Por último, se deja constancia del acto de entrega material y de la tradición también por medio del registro del acta.

No otras formalidades prescribe el artículo 20, el cual, junto con los artículos 13 y siguientes, no hace sino resumir las condiciones esenciales a las enajenaciones destinadas a vías férreas: decreto judicial de expropiación; evaluación de la indemnización y decreto judicial que la fija (artículos 18 y 20); entrega de la cosa por el Juez con su respectiva diligencia, "la cual—decreta el artículo 20—tendrá los mismos requisitos exigidos por el artículo 8° de esta Ley, y servirá como título de propiedad de la cosa expropiada."

La diferencia sustancial entre las dos disposiciones que alega el recurrente, es imaginaria completamente.

La segunda objeción no es sólida tampoco. Ciertamente es que el pago de la indemnización y la entrega judicial son actos sucesivos; pero no es cierto que por ser tales sean inconexos; pago y entrega, según se deja demostrado al estudiar el cargo tercero, con la declaración de utilidad pública y el decreto de expropiación, son requisitos conjuntos, que sin faltar uno solo, constituyen las cosas que, según el artículo 1501 del Código Civil, son de la esencia de la enajenación forzosa autorizada por el Acto legislativo número 3 de 1910.

El tercer reparo del recurrente es inexacto en derecho. Si la enajenación forzosa participa de algunas notas sustanciales del contrato de compraventa de bienes raíces en derecho, no por ello son actos idénticos. La expropiación por causa de utilidad pública es una operación compleja, según se deja demostrado, de naturaleza jurídica peculiar, que no se realiza sino mediante el cumplimiento de varios requisitos, todos los cuales reunidos constituyen el título de dominio.

En las compraventas de derecho civil común se distinguen los elementos del contrato, esenciales, naturales o accidentales que los constituyen, de los efectos que se derivan de él. El pago del precio y la entrega de la cosa vendida pertenecen a esta categoría, y se cumplen por los contratantes después de perfeccionado el contrato.

No sucede así en la enajenación forzosa por causa de utilidad pública; pago y entrega no son efectos del contrato, sino elementos esenciales de la enajenación, sin

cuyo cumplimiento y el de los otros requisitos que se dejan enumerados, el acto de enajenación no queda consumado, o como dice el Acto legislativo, "no se verifica la expropiación."

El artículo 1882 del Código Civil no es aplicable, en el concepto que se deja expuesto, a las enajenaciones forzosas por causa de utilidad pública.

En el estudio de los motivos planteados, en el orden que adoptó este fallo, quedan comprendidos otros pocos cargos secundarios, de cuya consideración prescinde la Corte, porque en nada influirían sobre la validez de la sentencia, dado que los principales fundamentos de ésta subsisten.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide:

1° No hay mérito para casar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué el ocho de marzo de mil novecientos veintiocho; y

2° No hay lugar a condenación en costas por mediar salvamento de voto en la segunda instancia.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JUAN N. MENDEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito de Tunja el señor Carlos A. Otálora, en su calidad de Gerente de la sociedad anónima denominada Nuevo Banco de Boyacá, promovió demanda ordinaria contra el señor Enrique Azula Gómez, en su calidad de comprador de la casa de rafa y teja, situada en Tunja, que le vendió su padre señor Enrique Azula, por la escritura pública número 707, otorgada en la Notaría 1° de Bogotá el veintidós de marzo de mil novecientos veinticuatro; y también en su condición de mandatario especial de su vendedor, señor Azula, para que, con su citación y audiencia, mediante la tramitación de un juicio ordinario, se resolviera en sentencia definitiva lo siguiente:

"Primero. Condenar al demandado señor Enrique Azula Gómez, en la doble condición civil ya enunciada—de comprador de la casa en referencia al señor Enrique Azula, y de mandatario especial del mismo Azula para hacer el pago—a pagarle a la mencionada entidad, Nuevo Banco de Boyacá, en la persona de su representante legal, el Gerente de ella, y dentro del término de seis días, la suma de mil quinientos pesos moneda corriente, y sus respectivos intereses; suma expresada en dicha escritura 707, Notaría 1° de Bogotá, de veintidós de marzo de mil novecientos veinticuatro, y a cuyo pago se obligó allí expresa e irrevocablemente el actual demandado señor Azula Gómez, con la parte integrante del precio total de la finca que compró.

"Segundo. Declarar que está especialmente afecta a ese pago, por mandato expreso del vendedor señor Azula, y por expresa aceptación que de él hizo el comprador Azula Gómez, la casa que fue materia del contrato celebrado entre los dos, ubicada en el barrio de San Ignacio de esta ciudad, y comprendida con sus anexidades por

los linderos siguientes: por el Norte, lindando con casa y solar de don Benjamín Reyes Archila, hoy de sus herederos; por el Occidente, con solar de herederos del señor Juan Vargas C.; por el Sur, con casa y solar del doctor Rafael M. Acevedo, y por el Oriente, calle de por medio, con la casa y solares de los señores Sotero Peña e Isidro Azula.

"Tercero. Declarar, en subsidio de la petición precedente, para el caso supuesto de que no se accediera a ella, que a ese pago está afectada la generalidad de los bienes del demandado señor Enrique Azula Gómez."

Citó en apoyo de esta demanda las disposiciones que rigen los contratos de compraventa y mandato, y los hechos siguientes:

"1º Se celebró el contrato de compraventa aludido entre los señores Enrique Azula y Enrique Azula Gómez, por la escritura número 707, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá el veintidós de marzo de mil novecientos veinticuatro, contrato relativo a la casa ya determinada.

"2º De hecho y en derecho fue computada allí por los contratantes como parte integrante del precio total de la finca, convenido entre ellos, la suma de mil quinientos pesos moneda legal, y sus intereses, numérica y cuantitativamente determinados en la respectiva estipulación, fuera de los dos mil pesos pagados en el acto, y que el vendedor confesó recibidos.

"3º El vendedor reconoció allí, auténticamente y sin restricción alguna, la existencia civil de una deuda suya a favor del Banco de Boyacá, por la suma de mil quinientos pesos moneda legal, y sus intereses respectivos; la confirmó, imponiéndole al comprador, ya como mandatario suyo, la obligación de pagársela a dicho Banco con aquella parte del precio de su casa que no recibió; y al hacerlo así, dejó ratificada, además, su garantía hipotecaria existente de antemano, como garantía actual del pago de la deuda del mandato, que surgió de aquel contrato de compraventa.

"4º El señor Azula Gómez no ha cumplido, ni la obligación emanada del contrato de compraventa, ni la proveniente del mandato que de él surgió, de pagarle al Banco de Boyacá, antes, o al Nuevo Banco de Boyacá, ahora, la expresada suma de mil quinientos pesos y sus respectivos intereses; obligaciones correlativas que le fueron impuestas y que él aceptó en las estipulaciones del contrato a que me refiero."

Contestó el demandado rechazando las pretensiones del actor; negó unos hechos, aceptó otros, y opuso las excepciones de ilegitimidad de la personería del demandante, simulación y cosa juzgada. Adelantado el juicio hasta el estado de sentencia, el Juez del conocimiento lo falló así:

"1º Declárase probada la excepción de simulación propuesta por el demandado señor Azula, y no probadas las demás que alegó como perentorias.

"2º Como consecuencia de esta declaración, se le absuelve de los cargos que se le formularon en la demanda que ha servido de base a este pleito; y

"3º No se hace condenación especial en costas, por no aparecer la temeridad que la ley requiere en estos casos."

El Tribunal Superior de Tunja, fundándose en que la acción ejecutada carece de basamento legal y jurídico, y que, por lo mismo, no era el caso de estudiar las excepciones propuestas, reformó la sentencia del Juez, y por la razón antedicha, absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda.

El apoderado del Nuevo Banco de Boyacá interpuso contra la sentencia anterior recurso de casación, que la Corte admite y procede a resolver, previo el estudio de la demanda respectiva.

Invoca el recurrente la causal primera de casación, y hace a la sentencia los siguientes cargos:

Acordado, dice, entre el Banco de Boyacá y el señor Enrique Azula el contrato que reza la escritura pública número 86, varias veces citada, sus diferentes estipulaciones constituyen para una y otra parte una ley, y no puede ser invalidado, según expresamente lo previene el artículo 1602 del Código Civil, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. La demanda incoada persigue el cumplimiento de un contrato, legalmente celebrado, del cual emanan las diferentes obligaciones, y su desconocimiento, como lo hace el fallo recurrido, contraría y va en mengua de los legítimos derechos del acreedor y viola la disposición civil precitada, que garantiza, en tesis general, la validez de las convenciones.

Considerando, agrega, de manera especial, la naturaleza del mismo contrato que reza la escritura número 86, el fallo acusado viola el artículo 2291 del propio Código, que define lo que se entiende por contrato de mutuo o préstamo de consuno, imponiendo de manera clara y terminante para el mutuario el cargo de restituir otras tantas cosas de las recibidas del mismo género y calidad.

Concluye manifestando que, acreditada suficientemente la existencia de una convención entre el Banco de Boyacá y el señor Enrique Azula, y teniendo ella el carácter de mutuo, el mutuario señor Azula, vencido el plazo señalado para la devolución del dinero recibido por él a ese título, está en la obligación de restituir, y declararlo absuelto de tal compromiso, a la vez que implica el desconocimiento de expresa disposición de ley sustantiva, la viola, como se ha dicho, y lo que se dice de Enrique Azula y del Banco de Boyacá es aplicable al demandado señor Enrique Azula Gómez y al demandante, el Nuevo Banco de Boyacá, porque uno y otro son cesionarios y sucesores actuales de los respectivos derechos y obligaciones emanados de la primera convención de cuya efectividad se trata.

Considera la Corte:

Por escritura pública número 86, de diez y seis de febrero de mil novecientos veintidós, otorgada en Tunja, el señor Enrique Azula hizo constar que debía al Banco de Boyacá la cantidad de mil quinientos pesos (\$ 1.500) en oro amonedado, que a mutuo, con interés, había recibido del señor Carlos Otálora, Gerente de dicha institución, por el término de dos años, prorrogables por otros dos, a voluntad de ambas partes.

Para seguridad del préstamo hipotecó el señor Azula una casa de su propiedad, ubicada en el barrio de San Ignacio de la ciudad de Tunja.

Dos años después, por instrumento público número 707, pasado ante el Notario 1º del Circuito de Bogotá, en veintidós de marzo de mil novecientos veinticuatro, el señor Azula vendió al señor Enrique Azula Gómez la casa anteriormente gravada a favor del Banco de Boyacá. Declaró el vendedor en este instrumento que pesa sobre la finca que vende una hipoteca a favor del Banco de Boyacá, por la suma de mil quinientos pesos, según consta de la escritura que se relacionó al principio.

El comprador Azula Gómez declaró, al aceptar la escritura de venta, "que se obliga a cancelar en oportunidad el crédito que por mil quinientos pesos moneda legal pesa sobre la finca que compra por la presente escritura, a favor del Banco de Boyacá, quedando, en consecuen-

cia, obligado para con el Banco acreedor en las mismas condiciones estipuladas en la escritura antes citada."

En presencia de estas terminantes obligaciones, es claro que ha sido infringido el artículo que el recurrente cita, al negarle el Tribunal la fuerza de ley que tienen contra los otorgantes los contratos legalmente celebrados, sin que valga decir que, como el Banco de Boyacá no interviniera en el último contrato, no puede hacer efectiva la obligación que expresamente contrajo en su favor el comprador Enrique Azula Gómez, desde luego que, primero por la vía ejecutiva y luego por la vía ordinaria, el sucesor de los derechos y obligaciones de esa institución ha aceptado y persigue en juicio tal obligación.

Si es verdad que el Banco no ha declarado expresamente libre de su obligación al primer deudor, y por lo mismo, no se ha efectuado el fenómeno de la novación, no por ello el delegado para el pago, que contrajo expresamente el compromiso de pagar, queda exento de hacerlo, porque si no aparece la intención de novar, se mirarán las obligaciones como coexistentes, según lo expresa el segundo inciso del artículo 1693 del Código Civil.

Habría, pues, de casarse la sentencia en cuanto se niega la primera petición de la demanda.

En la segunda se dijo:

"Declarar que está especialmente afecta a ese pago —por mandato expreso del vendedor señor Azula, y por expresa aceptación que de él hizo el comprador señor Azula Gómez,—la casa que fue materia del contrato celebrado entre los dos, ubicada en el barrio de San Ignacio de esta ciudad, y comprendida con sus anexidades por los linderos siguientes: por el Norte, lindando con casa y solar de don Benjamín Reyes Archila, hoy de sus herederos; por el Occidente, con solar de herederos del señor Juan Vargas C.; por el Sur, con casa y solar del doctor Rafael M. Acevedo, y por el Oriente, calle por medio, con la casa y solares de los señores Sotero Peñuela e Isidro Azula."

El Tribunal negó esta petición, porque, en su concepto, no entraña la acción real hipotecaria.

Observa el recurrente que el sentenciador ha violado el artículo 2452, porque, constituida por el deudor en garantía especial hipotecaria la casa que era de su propiedad, no hay duda de que tal finca quedó afecta al pago de la deuda, y si luego, por razón de la compraventa acordada sobre el mismo inmueble, entre los señores Azula y Azula Gómez, su dominio pasó a tal título a este último señor, el acreedor o su cesionario tiene el derecho de perseguir la hipoteca, sea quien fuere la persona que posea la casa gravada en tal forma.

De manera que es preciso concluir, que habiéndose demandado la declaración de que está especialmente afecta al pago la finca sobre la cual se constituyó la hipoteca, sea quien fuere la persona que la posea, el Tribunal que rechaza tal petición viola incuestionablemente la disposición legal que dice:

"La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea cualquiera el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido."

Considera la Corte que el Tribunal no entendió, como el autor del recurso, el paso de la demanda a que se refiere el anterior reparo. Dice así el sentenciador:

"Y es el caso que aquí no se ejerció la acción hipotecaria, sino una acción personal contra quien no ha contraído personalmente con el Banco ninguna obligación.

En el pasaje de la demanda donde se pide que se declare afecta al pago la finca hipotecada, se agrega claramente que por mandato especial del vendedor Azula y por aceptación del comprador, no porque sobre la finca se hubiera establecido aquel gravamen en la escritura de mutuo. Para convencerse de que la escritura de compraventa no afectó con ningún gravamen la finca, basta observar que sólo fue registrada en el libro primero. Nada se dijo de acción real; para nada se mencionó el derecho hipotecario; todo lo cual dio por resultado que el Tribunal estime que la acción ejercida carece de basamento legal y jurídico, o, en otros términos, que no existe."

No hubo, pues, violación directa del artículo 2542 del Código Civil, porque el Tribunal entendió que no se había establecido la acción real hipotecaria. Si hubo mala inteligencia respecto de la intención del demandante, sería el caso de un error en la interpretación de la demanda, reparo que no ha sido propuesto en el recurso. Conforme a la sentencia recurrida, la acción real de hipoteca por la vía ordinaria no ha sido propuesta en la demanda, no es objeto de la decisión, y, por lo mismo, queda a salvo el derecho del actor al respecto.

Para dictar la Corte la sentencia que debe reemplazar la parte casada de la del Tribunal, se considera:

El demandado opuso a la acción las siguientes excepciones:

Ilegitimidad de la personería—Consiste esta excepción en que no está probada la personería del Nuevo Banco de Boyacá, que es la entidad demandante, pues debió allegarse a los autos el comprobante de su constitución, con la copia auténtica de la escritura de su fundación, debidamente registradas, y el extracto del Juzgado del Circuito en donde se hubiere anotado, elementos sin los cuales no puede quedar establecida la personería sustantiva de esa Sociedad, sin lo cual no es sujeto de derecho, ni le es dado reclamar de persona alguna el cumplimiento de sus obligaciones, porque así lo disponen los artículos 465, 468, 473, 472, 476, 479 del Código de Comercio, aplicables a las sociedades anónimas, según mandato del mismo Código.

Continúa el personero del demandado, que no vale agregar que se presentó el certificado del Superintendente Bancario, acerca del desempeño del cargo de Gerente por el doctor Carlos Otálora, para dar cumplimiento al artículo 104 de la Ley 45 de 1923, sobre establecimientos bancarios, porque ese certificado apenas prueba que el doctor Otálora era Gerente de una sociedad que bien pudo ser de hecho, es decir, que no estuviera constituida en legal forma. Ese artículo, concluye, se refiere a la personería adjetiva, pero jamás a la sustantiva.

Observa la Corte que la Ley 45 de 1923, sobre establecimientos bancarios, es una ley especial que reglamentó la materia, y, por lo mismo, es de preferente aplicación a las generales que rigen las sociedades anónimas. El artículo 104 de esa Ley expresa que la certificación escrita del Superintendente Bancario, respecto de la persona que ejerza la gerencia de un banco en un momento dado, constituirá prueba suficiente de la personería del respectivo establecimiento o sucursal ante cualesquiera autoridades judiciales y administrativas. Lo que quiere decir que esa certificación demuestra, no sólo la calidad de Gerente del que ejerce ese cargo en un banco, sino la existencia misma de éste. Y esto se explica por las atribuciones que tiene el Superintendente Bancario y su in-

tervención en la constitución y funcionamiento de los bancos.

No prospera, pues, esta excepción.

La de cosa juzgada, la hace consistir el demandado en que, en el incidente de excepciones propuestas en el juicio ejecutivo que se siguió en persecución del crédito que hoy se cobra, fue declarada la excepción de simulación del contrato, que es la base del presente juicio, y por lo mismo quedó de modo definitivo rechazada la acción; pero a esta alegación se opone expresamente el artículo 205 de la Ley 105 de 1890, que dice:

"La simple sentencia de pregon y remate en juicio ejecutivo, y en la que se declaren probadas o nó las excepciones propuestas en el mismo juicio, no fundan la excepción de cosa juzgada en la vía ordinaria."

En este juicio, en que por dicha vía se persigue la efectividad del crédito que fue rechazado en el ejecutivo, también se opuso la simulación del contrato de mutuo contenido en la escritura, que es base de la demanda.

El Juez declaró también probada dicha excepción.

Como se ha visto, por la escritura pública número 86, otorgada en Tunja el diez y seis de febrero de mil novecientos veintidós, el señor Enrique Azula se constituyó deudor del Banco de Boyacá por la suma de mil quinientos pesos, que dijo haber recibido a mutuo con interés, con dos años de término, e hipotecó, para seguridad de la deuda, una casa de su propiedad.

Dos años después el señor Azula le vendió al señor Azula Gómez la casa hipotecada, y éste se comprometió a pagar la suma que gravaba la casa y que su vendedor debía al Banco de Boyacá.

El Juez, a pesar de estas declaraciones, que constan en instrumentos públicos, estimó que el contrato de mutuo fue simulado, porque de las pruebas del proceso resulta que el señor Azula no recibió materialmente del Banco la suma que se obligó a pagar a éste, de modo que perfeccionándose el contrato de mutuo, que es real, por la entrega de la cosa, y no existiendo tal entrega, el contrato carece de causa, y, por lo tanto, fue simulado o fingido.

En concepto de la Corte, estos argumentos no son suficientes para declarar probada la excepción de simulación; porque si una persona debe a otra una suma por cualquier motivo, y el acreedor conviene en dejar tal suma a mutuo a su deudor, no es preciso que medie una entrega material de la suma, para que exista el contrato de mutuo. El fenómeno de las dos entregas se evita por medio de una novación del contrato.

Contra el texto de las dos escrituras, en que primero el señor Azula y luego el señor Azula Gómez reconocieron deberle al Banco de Boyacá la suma que su cesionario, el Nuevo Banco de Boyacá, hoy reclama, no es prueba suficiente de simulación el que el señor Enrique Azula no haya recibido materialmente el dinero del Banco. Contribuyen a sostener la verdad de la deuda, el hecho de que el señor Azula, al vender su casa, reconoció, después de dos años, su condición de deudor; el compromiso del actual demandado, contraído en la escritura de compraventa, y la circunstancia de ser una entidad respetable, un Banco solvente, el acreedor, incapaz de hacerse más rico, prevaleciéndose, para perjudicar al deudor, de un documento que no corresponde a la realidad de las cosas.

Por otra parte, al Nuevo Banco de Boyacá, tercero de buena fe, no podría perjudicar la simulación de un contrato cuyas estipulaciones constan por escritura pública, según jurisprudencia constante de esta Superioridad.

Respecto de la petición segunda de la demanda, que, como se ha visto, fue interpretada por el Tribunal como una acción personal y no como la real de hipoteca ejercida por la vía ordinaria, no habiendo prosperado la acusación, queda en pie la parte resolutive de la sentencia al respecto, esto es, la absolución que habrá de incorporarse en el fallo de esta Superioridad en obediencia a la ley, bien entendido, como se dijo, que ella se refiere a la acción personal y no a la real, que no ha sido fallada, y que, por sí mismo, queda a salvo, como se expresó anteriormente.

La petición tercera subsidiaria es una consecuencia de la primera, y, por lo mismo, debe declararse, ya que por ley el deudor responde de sus deudas con la generalidad de sus bienes.

Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de Tunja el once de noviembre de mil novecientos veintinueve, en cuanto niega la primera y la tercera peticiones de la demanda, revoca la de primera instancia, y en su lugar resuelve, incorporando la parte no casada de la sentencia del Tribunal:

I. Condénase al señor Enrique Azula Gómez a pagar al Nuevo Banco de Boyacá, en la persona del Gerente, en el término de seis días, la suma de mil quinientos pesos (\$ 1.500) moneda corriente y sus respectivos intereses, al tenor de la escritura número 86, otorgada en Tunja ante el Notario 2º principal del Circuito del Centro, el diez y seis de febrero de mil novecientos veintidós, y la número 707, pasada ante el Notario 1º del Circuito de Bogotá, el veintidós de marzo de mil novecientos veinticuatro.

II. A este pago está afecta la generalidad de los bienes del demandado señor Azula Gómez.

III. No están probadas las excepciones propuestas por el demandado.

IV. Se absuelve a éste de los demás cargos de la demanda.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN N. MENDEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

Un apoderado del doctor Jorge Arizabaleta demandó a los señores Jorge y Epímaco González G., para que en sentencia se hicieran estas declaraciones:

Primera. Que está rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa de la hacienda denominada Chinche, que se hizo constar en la escritura número 249, de 10 de junio último, otorgada en la Notaría 1ª de esta ciudad, inmueble que, según la escritura citada, tiene los siguientes linderos del indiviso de Chinche: Oriente, Norte y Sur, terrenos baldíos de la Nación, y Occidente, terrenos de Piedechinche, de propiedad de los demandados, y la quebrada de La Honda y la de Tenjo, tributarias ambas del río Amaime.

Segunda. Que como consecuencia de esta rescisión, los vendedores deben restituir tres días después de notificada la sentencia, el precio que recibieron por la venta verificada;

• Tercera. Que los vendedores señores González G. deben pagarle al doctor Jorge Arizabaleta los perjuicios que le han ocasionado con la venta de la mencionada hacienda de Chinche;

Cuarta. Que las costas del juicio son de cargo de los vendedores.

Hé aquí los hechos del libelo:

"1° Por la escritura número 249, de 10 de junio último, otorgada en la Notaría 1° de este Circuito, los vendedores señores González G. le vendieron al doctor Arizabaleta la hacienda de Chinche, como aparece descrita en el referido instrumento, por la cantidad de doce mil pesos (\$ 12,000), cuando el verdadero precio de tal inmueble no pasa de cinco mil pesos (\$ 5,000).

"2° En la extensión del terreno que los vendedores le indicaron al doctor Arizabaleta como perteneciente a la hacienda de Chinche, que le vendieron, hay propietarios de fincas con sus correspondientes derechos para ampararlas cuando se verifique la división de ese indiviso, circunstancia que si la hubiera conocido el doctor Arizabaleta, y no se la hubieran ocultado los vendedores, habría desistido de la compra, por cuanto le quita mucho valor a la expresada hacienda, y al decirle la verdad los señores González G. a mi cliente, le habrían evitado los grandes perjuicios que le han ocasionado en sus intereses con esa venta.

"3° En la venta que le hicieron de la expresada hacienda de Chinche al doctor Arizabaleta, se reservaron "la mitad de las minas o yacimientos minerales existentes en la mencionada hacienda y los que posteriormente se descubran, de manera que sólo entran en la venta la mitad de las minas o yacimientos de que se trata" (cláusula 6° de la escritura), quitándole con esa reserva gran parte del valor efectivo al inmueble vendido.

"4° Que es verdad los vendedores hicieron referencia a la finca y derechos vendidos a Paulino Cabrera, denominada La Burrera, finca ésta que hacía parte de la expresada hacienda de Chinche, pero lo hicieron en tal forma que el doctor Arizabaleta no ha podido saber cuánta extensión de terreno corresponde a esa finca, ni cuántos pesos de derecho primitivo se necesitan para ampararla el día que se haga la división de los terrenos de Chinche. Los señores González G. no le hicieron conocer al doctor Arizabaleta la verdad a ese respecto, porque comprendían que al conocerla no habría comprado la hacienda de Chinche por ningún valor.

"5° Ha sabido el doctor Arizabaleta después de comprada la hacienda de Chinche, y lo ha podido comprobar, que tal inmueble carga con varias querellas, reclamaciones y contingencias de controversias que le hacen disminuir mucho en su valor comercial, hecho éste que si los vendedores señores González lo hubieran puesto en conocimiento de mi cliente, éste no la hubiera comprado por ningún precio.

"6° El estado de salud del doctor Arizabaleta cuando hizo la compra de la hacienda de Chinche a los señores González G., y desde algún tiempo antes de la operación y después de ella, no era bueno. La familia y algunos amigos de él, de acuerdo con el dictamen de médicos, creyeron que él no estaba capacitado para atender

negocios y administrar sus bienes, al extremo de que se pensó en obtener una declaratoria de interdicción judicial para quitarle la administración de sus bienes y evitarle que siguiera arruinándose con operaciones como la compra de la hacienda de Chinche, y otros negocios que necesariamente lo llevarían a un desastre pecuniario, y que demuestran en él que no había, cuando hizo la compra de la mencionada hacienda de Chinche, buen concierto en sus ideas ni el juicio y atención con que se debe proceder en los negocios. Ese estado mental del doctor Arizabaleta cuando hizo la expresada compra a los señores González G., explica que no prestó atención a ese para él ruinoso negocio y que los demandados pudieran venderle por semejante precio la hacienda de Chinche, por la que los señores González habían tenido como oferta máxima y sin excluir La Burrera y mitad de minas, cinco mil pesos oro. Para venderla tal como aparece en la escritura que le otorgaron a mi cliente tenían que dar con un desequilibrado como estaba entonces el comprador doctor Arizabaleta."

Los señores González, por conducto de apoderado, dieron contestación a la demanda, rechazando la acción deducida. Respecto de los hechos, expusieron algunas observaciones, con la mira de rectificarlos.

En sentencia de seis de diciembre de mil novecientos veintisiete, el señor Juez 2° del Circuito de Palmira absolvió a los demandados.

Por apelación del demandante, subió el juicio al Tribunal Superior de Cali, quien en sentencia de cinco de agosto de mil novecientos veintinueve, revocó la de primer grado y decidió así la controversia:

"1° Declárase rescindido, por causa de lesión enorme, el contrato de compraventa del predio denominado hacienda del Valle de Chinche, de que da fe la escritura número 249, de diez de junio de 1924, otorgada en la Notaría 1° del Circuito de Palmira; inmueble determinado por estos linderos: Oriente, Norte y Sur, terrenos baldíos de la Nación, y Occidente, terrenos de la hacienda de Fiedechinche de propiedad de los exponentes, y la quebrada La Honda, que va a desaguar de Norte a Sur en el río Amaime, y la Tenjo, que va a desaguar de Sur a Norte en el mismo río Amaime;

"2° Como consecuencia de la rescisión, los señores Jorge y Epimaco González restituirán al demandante, dentro del término legal, el precio que recibieron por el inmueble expresado;

"3° Los demandados pagarán al demandante, dentro del mismo término, los intereses legales de la cantidad que como parte del precio pagó el segundo a los primeros, a contar del día en que se hizo el pago (10 de junio de 1924)."

La parte demandada interpuso recurso de casación, el cual se admite por hallarse en las condiciones legales de cuantía y naturaleza del negocio, y se procede a fallarlo.

El memorial presentado ante la Corte invoca expresamente la causal 1° de casación y expone varios motivos comprendidos en ella; pero no hace lo mismo respecto de la causal 2°, que si había sido alegada por el apoderado ante el Tribunal, aunque sin fundarla; y por esto se prescinde de ella en la presente sentencia.

El primer motivo consiste en atribuirle al Tribunal un error de hecho evidente en la apreciación del contrato cuya rescisión se pretende.

El sentenciador entendió que lo vendido por medio de ese contrato fue un cuerpo cierto y se apoyó para ello en lo dicho por los otorgantes bajo el numeral 6° de la escritura número 249. "Por la descripción hecha en la escritura—declara el Tribunal—se ve que la cosa conocida con el nombre de hacienda del Valle de Chinche constituye un todo físico, de partes integrales"; y agrega que si los González hubieran vendido a Arizabaleta solamente los derechos o acciones de dominio que ellos tuvieran en el indiviso del Valle de Chinche, o una área o extensión de terreno comprendida dentro de ciertos linderos, podrían argüir los demandados, con razón, que no le vendieron cuerpo cierto.

Hay en esta interpretación—prosigue el recurrente—un error manifiesto, que se hace más palpable en la parte resolutive del fallo, que decreta la rescisión del contrato de compraventa del predio denominado hacienda del Valle de Chinche. Es inexacto que los González vendieran bajo este nombre la extensión de terreno determinado por los linderos descritos en el fallo. Esos linderos son los generales del indiviso, en el cual no tenían los vendedores sino derechos y determinadas fundaciones, y tales derechos y fundaciones fueron los que enajenaron, bajo el nombre de hacienda, como aparece del contexto de la escritura número 249 y de la que a ellos les había otorgado su predecesor señor Rodolfo González. "Las enajenaciones efectuadas por medio de aquellos instrumentos públicos no fueron en realidad de verdad de un predio rústico, sino de derechos o cuotas pro indiviso en un predio común y de determinadas porciones o fundaciones situadas dentro del mismo predio."

Se considera:

El recurrente expone el error evidente de hecho, pero no deduce las consecuencias que, en su sentir, se siguen en orden a la infirmación del fallo, ni el texto legal que fuera violado a causa de ese error, siendo así que esto era necesario, de conformidad con la parte final del artículo 9° de la Ley 90 de 1920.

Podrá argüirse que en el motivo 7° expone el recurrente que los múltiples errores que alega, relativos a la apreciación de las pruebas, se traducen en el quebrantamiento del artículo 1947 del Código Civil, porque el Tribunal decretó la rescisión sin estar justificada, y que, por tanto, ha de estimarse que el error sobre que versa el motivo primero, llevó al sentenciador a la violación de este artículo.

Por si así fuere, ha de tenerse presente que el error acusado en este primer motivo no implica, de suyo, la violación del citado artículo 1947. En efecto, de la circunstancia de que, según la mente del impugnador, lo vendido por los González a Arizabaleta no fue un cuerpo cierto sino derechos en un inmueble y fundaciones en él, no se desprende necesariamente la inexistencia de la lesión enorme, porque ésta puede producirse también en la venta de derechos inmuebles, como son los que se refieren al suelo. Habría sido preciso que el recurrente sostuviera, como lo hizo el Juez, y demostrara que, por ser inciertos esos derechos, la venta de los demandados al demandante fue un contrato aleatorio, en los cuales no halla cabida la mencionada lesión. Empero, semejante punto de vista no se sustenta en la acusación.

No prospera, por tanto, el cargo. Por lo demás, la Corte estima que el sentenciador incurrió en una confusión, en la parte resolutive del fallo, al asignarle a la

propiedad vendida por los González los linderos generales del latifundio dentro del cual se halla ubicada. Al resolver en instancia, se verá si es dable corregir el yerro.

En el segundo motivo se le atribuye al sentenciador un error evidente de hecho en la apreciación de la prueba pericial sobre avalúo practicada en la primera instancia.

Impugna el recurrente estos pasos de la sentencia:

"Primer avalúo. Actuaron como peritos principales Eduardo Benjamín y Pablo E. Esparza y como tercero Salustio Guzmán. El primero estimó el inmueble en tres mil pesos; el segundo en diez mil, y el tercero en cuatro mil quinientos. Tomando el medio aritmético conforme al artículo 653 del Código Judicial, se obtiene la cantidad de cinco mil ochocientos treinta y tres pesos (\$ 5,833), inferior a seis mil, mitad de doce mil, precio este último en que el doctor Arizabaleta compró el predio de que se trata." "No se demostró, ni siquiera se intentó demostrar, que este dictamen fuera desacertado a causa de haber procedido los peritos por error esencial, por dolo o por ignorancia. Sólo fue objeto de especulaciones que no afectaron en nada lo sustancial de él."

Aquí el error del Tribunal fue grave—dice el recurrente—puesto que hace parte del proceso un cuaderno de objeciones y pruebas contra el dictamen pericial; y como consecuencia de ese error, el fallador dejó de analizar las exposiciones de los peritos, no obstante que tenía el deber de hacerlo en cumplimiento del artículo 79 de la Ley 105 de 1890. Las exposiciones adolecen de serios defectos, comoquiera que los peritos no avaluaron todo lo que fue materia del contrato, y el nombrado por la parte demandante no avaluó sino la porción llamada de Carrizal, de la cual dijo ser la única francamente apreciable.

Se considera:

El apoderado de los demandados presentó un memorial de objeciones al dictamen pericial, atacándolo por error, dolo e ignorancia, y el Juez, en providencia de seis de abril de mil novecientos veintisiete, resolvió no declararlo desacertado por tales motivos. El auto quedó ejecutoriado.

Con arreglo a esto, el Tribunal no erró al afirmar que no se había demostrado el desacierto del dictamen, aunque sí se equivocó al decir que ello ni siquiera se había intentado. Empero, semejante equivocación es sobre punto accidental y no autorizaría por sí sola la anulación del fallo. La afirmación de no haberse demostrado el desacierto del dictamen implica virtualmente el análisis de los conceptos de los peritos: refiere el sentenciador el avalúo que cada uno le fijó a la cosa y naturalmente debió leer las explicaciones que ellos dieron a petición del apoderado del demandado, las cuales fueron ordenadas en el auto de veintidós de septiembre de mil novecientos veinticinco. No procede, pues, lo sustancial del cargo, consistente en no haber examinado el Tribunal las exposiciones de los peritos. Lo que si no hizo éste fue señalar el verdadero precio del inmueble a la fecha del contrato, para que así se pudieran concretar las prestaciones consiguientes a la rescisión; mas el cargo no se ha presentado por tal aspecto.

En el tercer motivo se acusa un error de derecho en la apreciación del avalúo pericial de la segunda instancia. Fúndase en lo siguiente:

En el memorial del apoderado del actor (folios 24 a 27 del cuaderno 6°), por medio del cual se pidió la práctica del avalúo, se solicitó también la absolución de posiciones por los González y se pidieron otras pruebas más. El memorial fue resuelto por auto de veintiuno de marzo de mil novecientos veintiocho, en que se ordenó la absolución de aquellas posiciones y practicar otras pruebas, entre ellas el avalúo de la hacienda. Dicho auto, por tratarse en él de absolución de posiciones, debió notificarse personalmente al apoderado de los demandados, al tenor del último inciso del artículo 36 de la Ley 105. Pero no se hizo así: se notificó por edicto y la notificación es inválida para los demandados. De manera que ese auto sólo vino a quedar legalmente notificado cuando el representante de los opositores se declaró sabedor del mismo (artículo 30 ibidem) y nombró perito, con perfecto derecho, porque lo hizo dentro de los dos días que otorgó el Tribunal. Sin embargo, esta corporación no admitió el nombramiento y nombró ilegalmente al señor Luis Felipe Tascón para representar a los demandados. Ahora bien: es jurisprudencia de la Corte que incurre en error de derecho el Tribunal que estima en la sentencia una prueba pericial levantada sin audiencia de la parte contraria o sin llenarse las formalidades legales sobre peritos; es así que para llevarse a cabo el avalúo de la segunda instancia, se desconoció el derecho de la parte demandada a nombrar su perito y el Tribunal nombró uno ilegalmente: luego existe el error de derecho que se apunta en el actual motivo.

Se considera:

En el referido auto de veintiuno de marzo de mil novecientos veintiocho, el Tribunal decretó varias pruebas, entre ellas las posiciones pedidas a los señores González. Para la recepción comisionó al Juez 1° del Circuito de Palmira, lo mismo que para tomar unas declaraciones, y al efecto dispuso que se librara el despacho respectivo. Como los demandados no tenían que absolver las posiciones en el Tribunal, éste se limitó a ordenar la diligencia y a comisionar al Juez. De suerte que en el auto no se mandó citar a los González; quien debía mandarlos citar era el comisionado, y el auto que con tal propósito dictara sí debía serles notificado personalmente y así acaeció. Entretanto, el auto de veintiuno de marzo, proferido por el Tribunal, pudo ser válidamente notificado por edicto, con arreglo al artículo 31 de la Ley 105 de 1890, y la notificación surtió sus efectos legales. Allí se le previno a la parte demandada que nombrara perito dentro de segundo día. El edicto se desfijó el veintitrés de marzo; los días hábiles siguientes fueron el veinticuatro y el veintiséis, y el apoderado sólo presentó el memorial de nombramiento de perito el día veintiocho. En auto del propio día, el Tribunal, por cuanto la parte demandada no había verificado la designación dentro del término que se le había fijado, nombró perito al señor Luis Felipe Tascón: para obrar así se apoyó, sin duda, en el artículo 654 del Código Judicial.

Queda así demostrado que, si el nombramiento de perito por el Tribunal fue un acto legal, la diligencia pericial no adolece de la incorrección que se le moteja y, por tanto, el reparo presente carece de fundamento. (En el cargo no se ha debatido la cuestión de si el edicto fue fijado oportuna o anticipadamente, y por eso la Corte no la estudia).

El cuarto motivo versa sobre otro error de derecho cometido en la apreciación del mismo dictamen, porque

se le dio fe a pesar de que de las propias exposiciones aparece que se obró con desconocimiento de lo ordenado en el artículo 656 del Código Judicial.

Los peritos—manifiesta el recurrente—no examinaron la realidad de los hechos, ni practicaron juntos la diligencia. De ésta aparece que el perito Vernaza no reconoció ni examinó la hacienda con el perito Tascón. Debían ellos conceptuar sobre la cosa vendida en el estado en que se encontraba el 10 de junio de 1924; y como era imposible que en 1928, cuatro años después, el estado de la cosa fuera el mismo, les era forzoso trasladarse a la hacienda y averiguar cómo se encontraba cuando ella fue vendida a Arizabaleta. Empero, no lo hicieron así: el doctor Vernaza no reconoció la hacienda del Valle del Chinche, contentándose con decir que en 1924 la había conocido, por haber adquirido entonces unas propiedades vecinas. Los titulados peritos no se tomaron siquiera el trabajo de determinar el número de derechos que, en pesos primitivos, adquirió el señor Rodolfo González en el predio indiviso de Chinche y cuáles adquirió Arizabaleta cuando compró el Valle del Chinche. Se contentaron con decir que habían tenido a la vista las escrituras tales y cuáles; no pudieron o no quisieron determinar el precio de cada peso de derecho primitivo en el indiviso del Chinche, en junio de 1924, y eso que Vernaza compró en ese año por \$ 10,400 dos posesiones en el común de Chinche. Evidenciado que el señor Vernaza no se trasladó a la hacienda en asocio de los otros peritos a efectuar el reconocimiento, se patentiza la violación del artículo 656 citado.

Se considera:

Los reparos en que se apoya este motivo fueron aducidos en la segunda instancia y a ellos contestó así el Tribunal:

“De lo dicho por los peritos en su exposición, no puede deducirse que se hubieran apartado de la norma consagrada en el artículo en referencia, pues si bien es cierto que el doctor Vernaza manifiesta haber conocido y paseado el inmueble Valle de Chinche antes de la fecha en que el doctor Arizabaleta lo compró (10 de junio de 1924), ambos peritos hacen las siguientes aseveraciones, que deben reputarse verdaderas mientras no se compruebe lo contrario: ‘También hemos tenido en cuenta por propia y directa percepción, las constancias dejadas por los señores Magistrados que integran la Sala de Decisión, con motivo de la inspección ocular practicada el día 13 de agosto del presente año, lo mismo que el valor del catastro correspondiente a los años de 1923 y 1924, de la propiedad materia de este dictamen; y también por el conocimiento directo y personal que de la respectiva propiedad y sus elementos componentes y el de los derechos territoriales que de conformidad con las estipulaciones de la escritura 249 de 10 de junio de 1924, otorgada en la Notaría 1° del Circuito de Palmira, entraron en la venta hecha al doctor Arizabaleta por ese instrumento.’”

Y continúa el Tribunal:

“Claro es que si los peritos no se hubieran trasladado al Valle de Chinche, no habrían podido dar asenso, por sus propias y directas percepciones, a los hechos relatados en el acta de la inspección ocular practicada el 13 de agosto último por la Sala de Decisión. En consecuencia, o dijeron verdad y en tal caso la objeción es infundada, o afirmaron como cierto un hecho falso, cosa que no está demostrada.”

Se pidió por el apoderado del demandante un avalúo de la finca sujeta materia del contrato de compraventa celebrado por el doctor Jorge Arizabaleta con Jorge y Epímaco González, teniéndose a la vista o tomándose como base ciertas constancias del proceso y el conocimiento que los peritos tuvieran acerca de los derechos territoriales que aparecieran vendidos a Arizabaleta. Tal fue el objeto del dictamen. Los peritos principales rindieron su concepto en exposición detallada que se ve al folio 109 del cuaderno 6°, y de su tenor se desprende que efectivamente consideraron las constancias aludidas en el memorial de petición de la prueba, para llegar a la conclusión de que la propiedad valía el día del contrato, la suma de cuatro mil quinientos pesos.

Empero, por el contexto del dictamen se comprende que el perito M. Augusto Vernaza no estuvo en la finca que había de ser avaluada, ni solo ni en asocio de sus colegas. Allí se dice que el expresado señor conoció y paseó desde antes del mes de junio de 1924 esa finca, con lo cual se da a entender inequívocamente que no se trasladó a ella en los días anteriores a aquel en que fue rendida la exposición; y esto era indispensable, en sentir de la Corte, para que el perito pudiera cumplir el precepto legal de investigar la realidad de las cosas. No es lo mismo conocer una hacienda durante las horas de un paseo, que examinarla de propósito con el fin de emitir un parecer sobre ella ante la autoridad. Luego el dictamen de que se trata no contiene, en lo que mira a Vernaza, el resultado de un examen inmediato, o siquiera reciente de la finca, y de aquí que el concepto pericial no pueda ser acogido sin contrariar lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 656 del Código Judicial.

Por este aspecto procede el cargo. No así por el otro, consistente en que los peritos no practicaron juntos la diligencia, pues si Vernaza hubiera examinado la finca individualmente antes de rendir el dictamen, éste sería admisible. El que los peritos no hayan practicado la diligencia juntos, ni hayan extendido su dictamen en una sola declaración, como lo prescribe el artículo 656 del Código Judicial, son omisiones que constituyen una simple informalidad, de suyo insuficiente para invalidar el dictamen pericial. Así lo ha declarado la Corte en varias sentencias de casación, como la de 28 de junio de 1919 (tomo XXVII de la Gaceta Judicial) y la de 31 de julio de 1914 (tomo XXIV).

Es cierto que el apoderado de los demandados no objetó el dictamen cuando fue puesto en su conocimiento; pero no es menos cierto que el sentenciador se hallaba en el deber de estudiar el valor sustantivo de la prueba practicada para el efecto de calificar su mérito. Erró, pues, el Tribunal al reconocerle completa fe probatoria a un dictamen en que uno de los peritos no examinó la realidad de las cosas.

Por tanto, prospera el cargo por uno de sus aspectos y es preciso desestimar el avalúo de la segunda instancia; mas de aquí no se sigue la infirmación del fallo recurrido, porque, como se ha visto, queda en pie el avalúo de la primera, del cual se desprende la existencia de la lesión enorme, apreciado este avalúo, cual lo fue, así como el que ahora se desecha, en vista de otras pruebas y datos corrientes en el proceso, los que el Tribunal examina en la sentencia. (Véase en ésta el párrafo que comienza: "Para contrarrestar o enervar la prueba de la lesión enorme, han aducido los González..." y los siguientes).

En los motivos 5° y 6° se formulan otras acusaciones contra el dictamen de la segunda instancia; pero como éste se desecha por lo que acaba de explicarse, la Sala estima inútil el estudio de aquéllos. Ciertos o nó tales motivos, ya no tienen objeto.

El motivo 7° no lo es propiamente, pues en él apenas se dice que por los varios errores alegados respecto de la apreciación de las pruebas, se ha violado el artículo 1947 del Código Civil. Por ser improcedentes los primeros motivos, subsiste la prueba de la lesión y no resulta el quebrantamiento de este artículo en el sentido que aquí se expone.

Los motivos 8°, 9° y 10 pueden ser tratados en conjunto, pues que tienen una misma sustancia.

En ellos se examina la parte resolutive de la sentencia y se le hacen estas objeciones: que siendo la compraventa un contrato bilateral, al pronunciarse su rescisión no es dable desentenderse de las prestaciones a que tiene derecho la parte vencida, porque como la rescisión implica una nulidad, aunque relativa, exige restituciones recíprocas, y que se condenó a los demandados a pagar intereses desde el diez de junio de mil novecientos veinticuatro, fecha de la escritura de venta. Con todo esto fueron violados los artículos 1746, 1496, 1498, 1609 y 1948 del Código Civil.

Se observa:

Para la Corte, son procedentes estos motivos.

Decretada la rescisión, pueden los vendedores consentir en ella o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte, y el comprador queda en la obligación de entregar el inmueble. Respecto de los intereses, no se deben sino desde la demanda. Tal es la doctrina del artículo 1948 citado, que el sentenciador violó por omisión, en cuanto desconoció la opción facultativa de los vendedores y la obligación del comprador acerca de la devolución de la finca, y por exceso, en lo tocante a la condenación de los intereses. Y no se replique que los señores González no presentaron demanda de reconversión con el fin de obtener en su favor el reconocimiento de que se trata, porque es deber del oficio del Juez, en casos de reivindicación y nulidad, decidir lo concerniente sobre las prestaciones a que tienen derecho las partes.

Por tanto, en esta parte será casada la sentencia; y para resolver en instancia se considera:

Al tenor de la escritura 249, otorgada en la Notaría 1° de Palmira el diez de junio de mil novecientos veinticuatro, los González vendieron al doctor Arizabaleta la hacienda denominada Valle de Chinche, que está ubicada en el predio indiviso de Chinche, el cual predio tiene como linderos: por el Oriente, Norte y Sur, terrenos baldíos, y por el Occidente, terrenos de Piedecuesta. La escritura indica por sus linderos los fundos de que se compone la hacienda, la cual fue recibida materialmente por el comprador, según las voces del propio instrumento.

Los González están en la obligación de consentir en la rescisión; pero pueden librarse de ella si restituyen el exceso del precio recibido, aumentado en una décima parte.

El justo precio, con arreglo a lo que se desprende del avalúo de primera instancia, es la cantidad de cinco mil ochocientos treinta y tres pesos, treinta y tres centavos. De manera que si los demandados eligen la subsistencia del contrato, han de devolver el exceso que hubieren re-

cibido sobre esta cantidad, aumentado el exceso con una décima parte del justo precio. Hay datos en el proceso para colegir que los González procedieron ejecutivamente contra Arizabaleta por el valor del segundo contado del precio. En todo caso, si se deciden por la permanencia del contrato, han de hacer la devolución en los términos que se dejan apuntados, y si consienten en la rescisión, han de devolver lo que hubieren recibido.

Arizabaleta, a su turno, devolverá la hacienda, en el caso de consumarse la rescisión.

Los González deben hacer la elección en el término que se les concede para la devolución del precio recibido y en el mismo término hará Arizabaleta la entrega del inmueble.

En el caso de que los González reintegren todo el precio recibido por preferir la rescisión, pagarán los intereses legales desde la contestación de la demanda. En el mismo evento, Arizabaleta deberá los frutos también desde esa contestación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, infirma parcialmente la sentencia recurrida y, en consecuencia, resuelve (con incorporación de la parte no casada), lo siguiente:

"1º Declárase rescindido, por causa de lesión enorme, el contrato de compraventa del predio denominado hacienda del Valle de Chinche, de que da fe la escritura número 249, de diez de junio de 1924, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Palmira, inmueble comprendido dentro del predio indiviso de Chinche que tiene por linderos generales, al Oriente, Norte y Sur, terrenos baldíos de la Nación; y al Occidente, terrenos de la hacienda de Piedecuesta, la quebrada de La Honda, que va a desaguar de Norte a Sur en el río Amaime, y la de Tenjo, que va a desaguar de Sur a Norte en el mismo río Amaime. Los linderos de los fundos que componen la hacienda del Valle de Chinche, tal como fue vendida a Arizabaleta, aparecen en esta escritura.

"2º Como consecuencia de la rescisión, los señores Jorge y Epímaco González restituirán al demandante, dentro del término legal, el precio que recibieron por el inmueble expresado."

Revócase el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal, y, en su lugar, se dispone:

Dentro del término que los demandados tienen para la restitución del precio, que es el de seis días, podrán manifestar si optan por la subsistencia del contrato y en este caso y dentro del mismo término, restituirán solamente el exceso del precio recibido sobre el justo precio (que es la cantidad de cinco mil ochocientos treinta y tres pesos, treinta y tres centavos), aumentado en una décima parte de ese justo precio.

Si los demandados se deciden por la rescisión, pagarán los intereses legales de lo que recibieron, contados desde la fecha de la contestación de la demanda.

En el mismo caso de consumarse la rescisión por el asentimiento de los demandados, el demandante Arizabaleta les devolverá la hacienda en el propio término de seis días y les pagará los frutos de ésta desde la contestación de la demanda. Tales frutos podrán ser fijados en juicio separado.

En los anteriores términos queda reformada la sentencia del Tribunal.

Sin costas en el recurso de casación.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre catorce de mil novecientos treinta y uno.

Vistos:

El señor apoderado de la parte del doctor Jorge Arizabaleta solicita la enmienda del error en que se incurrió en el numeral 1º de la sentencia de casación, cuando, al copiar los linderos de la hacienda del Valle del Chinche, de la escritura número 249, de diez de junio de 1924, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Palmira, se puso Piedecuesta en vez de Piedechinche.

Fácilmente se comprende que el error es apenas caligráfico, y, aunque en el fondo él no sería óbice para el cumplimiento de la sentencia, no hay inconveniente en aclarar la pequeña oscuridad que dicho error pueda traer a la primera lectura o examen superficial del asunto.

Esto lo permite el artículo 100 de la Ley 105 de 1890, el cual no exige, como el 17 de la Ley 169 de 1896, que la petición la haga la parte interesada dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia.

En uno de los párrafos de la parte motiva se incurrió en el mismo error; pero basta con corregir el de la parte resolutive.

Por tanto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, aclara el numeral 1º de la parte resolutive de la anterior sentencia, en el sentido de declarar que debe entenderse Piedechinche en donde dice Piedecuesta.

Notifíquese y cópiese.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

Jesús Mogollón, hablando en su propio nombre y como condueño en los predios denominados Llanogrande, Uvo, Sisará, Viculavita y Pedregal, situados en el Municipio de Cácuta, Departamento de Santander, y determinados como aparece en el respectivo libelo de demanda, solicitó ante el Juez 1º del Circuito de Pamplona que se decretara la división material de dichos predios, con audiencia de Enrique Quintero y mediante juicio especial.

En apoyo de esta demanda invocó el actor los hechos siguientes:

"1º En el terreno alinderado atrás soy dueño de las dos terceras partes de la mitad de todo aquél, por compra

que hice al doctor Luis Hernández Gutiérrez, según consta de la escritura pública número 292, de treinta de junio de mil novecientos diez y seis, otorgada en la Notaría primera de este Circuito, e inscrita en la Registratura de este mismo Circuito el cuatro de agosto del expresado año, a la partida número 896 del libro número 1°

"2° En instrumento público número 146, de ocho de marzo de mil novecientos diez y seis, otorgada en la Notaría segunda de este Circuito, el señor José de Jesús Trujillo vendió al señor Enrique Quintero una tercera parte de la mitad del terreno a que se refiere esta misma demanda.

"3° En instrumento público número 770, de veintiséis de noviembre de mil novecientos diez y siete, otorgado en la Notaría segunda de este Circuito, el señor Gonzalo Villamizar Hernández vendió al mismo señor Enrique Quintero la mitad del predio Llanogrande, Uvo y Sisará, alinderado como se expresa en dicho título.

"4° El terreno sobre cuya división material versa esta demanda, es susceptible de ser dividido en lotes, esto es, de ser dividido materialmente."

El demandado Enrique Quintero se opuso a la división demandada por Mogollón y contestó los hechos en que la demanda se apoya, así:

"1° El señor Jesús Mogollón puede ser dueño de la parte o cuota que compró al doctor Luis Hernández Gutiérrez por bienes de la herencia del doctor Félix María Hernández, por escritura número 292 de treinta de junio de mil novecientos diez y seis, en la que el vendedor heredó de su padre directamente, pero no lo es en cuanto a la cuota que el mismo doctor Hernández G. le vendió por adquisición que hizo de la menor Paulina Hernández, pues de esa parte es dueño Quintero por compra que hizo a dicha señorita y a su esposo Ernesto Rivadeneira; consiguientemente Mogollón tiene sólo una sexta parte en el terreno que expresa la demanda, y mi mandante es dueño de la parte restante.

"2° Es cierto este punto.

"3° Es cierto este punto en todo lo relativo a la adquisición que hizo Quintero por compra a Gonzalo Villamizar Hernández, de modo que por tal venta es Quintero dueño de dos terceras partes del predio o predios a que se refiere la demanda; pero en cuanto al lote El Pedregal, mi mandante es también dueño de una gran parte por compra hecha a José de Jesús Trujillo y Paulina Hernández G., por lo cual no es cierto que el demandante tenga derecho de dominio absoluto y exclusivo del lote El Pedregal, ni que lo haya poseído por mucho tiempo, material y exclusivamente como único dueño, pues él ha reconocido recientemente dominio ajeno sobre ese fundo, y no tiene más título que el que le confirió el doctor Hernández G. en su carácter de heredero directo del doctor Félix María Hernández.

"4° El terreno cuya división se pretende, no es susceptible de tal división en razón a que dentro de él hay colonos desde hace muchos años, que los comuneros han respetado y esto hace difícil o incómoda la partición material, fuera de que por pretenderse la exclusión de El Pedregal, de la partición, siendo Quintero comunero en él y estando comprendido dentro de la demarcación general de todos los predios, ello hace imposible la partición material, pues el objeto de la división es poner fin a la comunidad, y en la forma demandada no se obtiene

ese objeto. Para el evento de decretarse la división debe incluirse el predio de El Pedregal."

En el mismo escrito de contestación de la demanda alegó las siguientes excepciones que formuló así:

"Pleito pendiente. Consiste en que en el Juzgado primero de este Circuito cursa un juicio civil contra Mogollón y Quintero sobre el dominio del predio El Pedregal, incluido en la demarcación general de esta demanda, y en que en el Juzgado segundo de este Circuito cursa otro juicio sobre nulidad de la venta hecha por Paulina Hernández G. al doctor Luis Hernández G. y de la que a su turno hizo éste al señor Mogollón de una cuota en el mismo predio.

"Nulidad de la venta que hizo Paulina Hernández al doctor Luis Hernández Gutiérrez (escritura número 268, de 8 de junio de 1916, Notaría primera de este Circuito) y de la venta que el doctor Hernández G. hizo a Jesús Mogollón de la cuota comprada a aquella señorita (escritura número 292, de 30 de junio de 1916, de la misma Notaría).

"Fundo esta excepción en que la señorita Paulina Hernández G. era entonces menor adulta, y lejos de ratificar el contrato cuando llegó a la mayor edad, ejecutó un hecho positivo que implica legalmente su intención de no confirmar o ratificar el contrato anterior, como lo fue la venta que por escritura número 52 de 19 de enero de 1920 hizo la misma, autorizada por su esposo señor Rivadeneira, a mi mandante Quintero, debiéndose en tal caso estimarse inválido el primer contrato por falta de ratificación tácita o expresa y por imposibilidad de ratificarlo después de la segunda venta citada."

El demandado dio la contestación anterior el 23 de febrero de 1925, cuando había empezado a regir de nuevo el Código Judicial adoptado por la Ley 57 de 1887, conforme al artículo 9° de la Ley 26 de 1924, por lo cual se sustanció la oposición a la demanda de división por medio de un juicio ordinario que terminó con la sentencia de fecha dos de noviembre de mil novecientos veintisiete, proferida por el Juez 1° del Circuito de Pamplona, cuya parte resolutive dice que "...decreta la partición material del terreno arriba expresado y por las circunstancias también aludidas en la parte motiva de esta sentencia."

De esta sentencia apeló en lo desfavorable el apoderado del opositor, y sustanciado el recurso, el Tribunal Superior de Pamplona lo falló en sentencia de veinte de agosto de mil novecientos veintinueve, por la cual se confirmó la de primera instancia "en las partes que han sido materia del presente recurso," con costas.

El apoderado del opositor Quintero interpuso recurso de casación que es admisible y por ello se procede a decidir. Alegó las causales primera y segunda de las enumeradas en el artículo 2° de la Ley 169 de 1896, que fundó ante el Tribunal, sin que hiciera uso del derecho de ampliarlas ante la Corte en el término que se le concedió.

Causal segunda.

Se queja el recurrente de que la sentencia del Tribunal se concretó a confirmar la de primera instancia, en la cual el Juez, si bien en la parte motiva declaró inadmisibles las excepciones propuestas por el demandado (opositor), nada dijo en la parte resolutive.

Se considera:

Es doctrina constante de la Corte que aunque en la parte resolutive del fallo del Tribunal no se resuelva expresamente sobre las excepciones que el demandado haya propuesto en la oportunidad legal, hay fallo implícito de ellas si se han considerado y rechazado expresamente en la parte motiva.

Ciertamente el Tribunal no dijo nada en la parte resolutive de su fallo en cuanto a las excepciones de pleito pendiente y nulidad propuestas por el opositor señor Enrique Quintero; pero ello no implica que no haya fallo implícito sobre tales excepciones, pues respecto de la de pleito pendiente dijo el Tribunal en la parte motiva de su sentencia que no se había dado prueba alguna de ella. Y en cuanto a la de nulidad, en el fallo acusado aparecen, entre otros, estos conceptos principales:

"....Dado que se trata de un contrato en que una de las partes no tenía capacidad legal para celebrarlo, el vicio de que está afectado es de nulidad relativa, según el artículo 1741 del Código Civil. Ahora, cabe preguntar: ¿Puede Enrique Quintero, extraño como es a ese contrato, instaurar juicio para que se declare nulo, u oponer, como lo ha hecho, la excepción de nulidad por la causa expresada? Nó, en concepto del Tribunal.

"En efecto, a diferencia de lo que ocurre cuando un acto o contrato está afectado de nulidad absoluta, la cual, por ser cuestión de orden público, puede y debe ser declarada de oficio (artículo 15, Ley 95 de 1890), cuando se trata de un acto o contrato rescindible, o lo que es lo mismo, cuando está afectado de nulidad relativa, además de que no se puede hacer la declaratoria de éste de una manera oficiosa, no se puede alegar, sino por aquellas personas en cuyo beneficio la han establecido las leyes (el interesado)....

"Estudiada la situación jurídica de Enrique Quintero con respecto al contrato celebrado por María Natividad Paulina Hernández, cuando ésta era menor adulta, y el doctor Luis Hernández (escritura 2268 citada), y demostrado como queda que ese contrato estaba afectado de nulidad relativa, y que las nulidades de esta clase miran al interés personal, o como dice el expositor citado (Fernando Vélez), las requiere el interés individual, aparece de manifiesto que Quintero, teniendo además en cuenta la taxativa enumeración que contiene el artículo 1743 citado, no se encuentra en ninguno de los casos allí contemplados, careciendo por tanto de derecho para alegar la nulidad de ese acto o contrato.

"Ahora bien, un acto o contrato afectado de nulidad relativa, tiene existencia imperfecta, pero ellos constituyen una ley para los contratantes, mientras no sean invalidados por consentimiento mutuo, por sentencia judicial, o como dicen los comentadores, si puede decirse que un contrato absolutamente nulo, no existe, no puede decirse lo mismo de uno que esté afectado de nulidad relativa, desde que ésta no la ha establecido la ley sino en beneficio del perjudicado con el vicio correspondiente.... De consiguiente, al reconocer como se hizo en la parte expositiva de la sentencia en estudio, que Jesús Mogollón era condueño con Enrique Quintero en la proporción de las dos terceras partes de la mitad del fundo alinderado, como aparece en el respectivo libelo, atendiendo así el contrato contenido en la escritura número 268 citada, se procedió teniendo como base las reglas expuestas antes. Además, si bien es cierto que Enrique

Quintero presenta como título una escritura de fecha posterior para demostrar su derecho en el fundo como sucesor de Paulina Hernández (escritura número 52, de 19 de enero de 1920, numeral 3º de la enumeración de pruebas del demandado), no estando como no está rescindido el contrato contenido en la escritura número 268 citada, de acuerdo con la regla contenida en el artículo 1873, éste es preferencial, pues además de que el título es más antiguo, a Mogollón le fue entregada primero la cosa vendida...."

De los párrafos transcritos se ve que, aun teniendo en cuenta el título alegado por Quintero, el Tribunal consideró y desechó la excepción de nulidad alegada por el mismo demandado: luego no es casable el fallo por incongruencia.

Causal primera.

Para el estudio de esta causal interesa concretar en qué consiste la litis, cómo quedó planteada y cómo la resolvió el Tribunal.

Entre los derechos que el comunero demandante Jesús Mogollón aparece tener en los terrenos materia de la división, figura una sexta parte que Luis Hernández Gutiérrez le vendió y que éste había adquirido de Paulina Hernández Gutiérrez por medio de la escritura número 268, de ocho de junio de mil novecientos diez y seis, otorgada en la Notaría de Pamplona, siendo aquella menor adulta cuando hizo la venta. Y entre los derechos que alega el demandado Enrique Quintero está la misma cuota por razón de la venta que le hizo Paulina Hernández Gutiérrez por medio de la escritura de diez y nueve de enero de mil novecientos veinte, marcada con el número cincuenta y dos (52), de la misma Notaría, cuando ya la vendedora era mayor de edad y con intervención de Ernesto Rivadeneira, que se dijo su esposo, contrato en el cual dichos vendedores hicieron constar, entre otras cosas, que se comprometían a obtener la respectiva licencia judicial para ratificar aquel contrato con las formalidades legales. No obstante esta estipulación, los mismos Paulina Hernández Gutiérrez y Ernesto Rivadeneira, por medio de la escritura número 836, de 20 de marzo de 1920, Notaría de Pamplona, declararon que habiendo vendido la primera (Paulina) a Luis Hernández Gutiérrez el derecho que tenía en los terrenos antes determinados de Llanogrande, Uvo, Sisará, Viculavita y El Pedregal, por la escritura número 268, de ocho de junio de mil novecientos diez y seis, cuando era la vendedora menor de edad, pero obrando de buena fe, para no perjudicar al comprador Hernández Gutiérrez, de quien había recibido el precio correspondiente, le ratificaban expresamente dicha venta, y que Paulina Hernández Gutiérrez renunciaba la acción de nulidad que pudiera tener y que en su nombre se hubiera promovido.

Por esta razón Enrique Quintero al contestar la demanda de división alegó con el nombre de nulidad la excepción que resultara de haber ejecutado Paulina Hernández Gutiérrez un hecho que la colocaba—dice—en imposibilidad de ratificar a Luis Hernández Gutiérrez la venta ya citada, hecho consistente en la venta de los mismos derechos al excepcionante.

El Tribunal rechazó la excepción, fundándose en que como se trata de una nulidad relativa, por ser Paulina Hernández Gutiérrez menor adulta cuando celebró aquel

contrato, nulidad que no podía reconocerse de oficio, sólo a la expresada vendedora corresponde alegar dicho vicio, y que, como no aparecía rescindido ese contrato, era el caso de respetarlo y tener como del demandante Mogollón la cuota o derecho que aparecía haber adquirido de Luis Hernández Gutiérrez.

El apoderado de Enrique Quintero, invocando la causal primera de casación, acusa la sentencia del Tribunal como violatoria de los artículos 776—inciso 3º, 1502, 1503, 1504—inciso 3º, 1740, 1873 y 767 del Código Civil, por error de hecho evidente y de derecho, consistente el primero; en concepto del autor del recurso, en que el Tribunal interpretó mal la excepción alegada por Enrique Quintero al decir el sentenciador que Quintero no podía alegar la nulidad del contrato celebrado por Paulina Hernández Gutiérrez con Luis de los mismos apellidos, y en cuanto entendió también que Quintero había alegado la excepción personal que podía oponer dicha contratante, cuando en realidad—expresa el recurrente—Quintero no hizo otra cosa que invocar como excepción un hecho positivo que impidió a Paulina Hernández Gutiérrez ratificar el contrato ya citado, hecho consistente en haber vendido a Enrique Quintero los mismos derechos que siendo aquélla menor adulta, había vendido a Luis Hernández Gutiérrez; que el argumento de Quintero no consiste en que éste como causahabiente de la cuota que Paulina Hernández le enajenó por la escritura número 52 citada, haya sostenido que en la venta le fueron cedidos los derechos y acciones que puedan servirle para defender y conservar la cosa comprada, sino que esa venta posterior constituye un hecho positivo que de un lado impidió que la nulidad se saneara, y de otro, puso sello de validez a la segunda venta para darle preferencia sobre la primera, porque la segunda se efectuó con entera capacidad por Paulina Hernández Gutiérrez, ya que si bien en el contrato dice que estaba casada con Rivadeneira, ese estado civil no se ha comprobado.

De todo lo anterior concluye el recurrente que al declarar el Tribunal que Enrique Quintero no podía alegar el hecho que hizo imposible la ratificación de los contratos celebrados con Luis Hernández Gutiérrez y con Mogollón, incurrió en error de hecho y de derecho, por interpretación errada de la ley, indebida aplicación al caso del pleito y mala apreciación de lo alegado al proponer la excepción, errores que llevaron al Tribunal a violar de modo indirecto las siguientes disposiciones del Código Civil:

a) La del inciso 3º del artículo 766, que declara que no es justo título el que adolece de un vicio de nulidad, y el Tribunal declaró que el título del comunero Jesús Mogollón es preferente por ser más antiguo y el contrato no está rescindido, a pesar de provenir de un incapaz que desistió de hecho de tal contrato.

b) Los artículos 1502, 1503 y 1504 del propio Código, en cuanto exigen capacidad legal para la ejecución o celebración de un acto o contrato o declaración de voluntad, y se consideran (sic) a los menores adultos como incapaces, y Paulina Hernández G. era relativamente incapaz cuando enajenó por primera vez la cuota que se disputa.

c) El artículo 1740, en cuanto se declara nulo todo contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para que sea válido, según la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerden, como en el caso de autos, dice el recurrente.

d) El artículo 1743, en cuanto declara que la nulidad relativa “puede sanearse por el lapso de tiempo, o por la ratificación de las partes,” y en el caso actual—anota el recurrente—no ha ocurrido ni puede ocurrir tal fenómeno por la venta que Paulina Hernández G. hizo a Quintero, *medio tempore*, entre la primera venta nula o rescindible y el lapso para demandar la nulidad o para desistir de la acción.

e) El artículo 1873, por cuanto el Tribunal concedió preferencia al título de Mogollón, no obstante el vicio que hacía rescindible o anulable el contrato y le quitaba el valor de justo título.

f) El artículo 767, que admite la validación del título que al principio fue nulo, efectuada por la tradición, o por otro medio legal, y retrotrayendo la validación a la fecha del contrato, la que aquí—dice el recurrente—no ha podido suceder por ningún medio legal o voluntario, o de quien tenía esa facultad.

Se observa:

Pudo el Tribunal haber errado en cuanto al hecho alegado por el demandado Quintero como fundamento de la excepción por éste opuesta con el nombre de nulidad, o sea el haber vendido Paulina Hernández Gutiérrez, cuando era ya mayor de edad, lo mismo que siendo menor adulta había vendido a Luis Hernández Gutiérrez; pero de ese error no se sigue que el sentenciador hubiera violado las disposiciones que cita el recurrente al decir el Tribunal que el contrato tiene existencia legal que debe respetarse mientras no sea rescindido, y que prevalece sobre el celebrado por Paulina Hernández Gutiérrez con Enrique Quintero, porque, en primer lugar, no emite concepto sobre la ratificación de la primera venta por la segunda. En segundo lugar, porque, si bien no aparece en autos la partida del matrimonio entre Paulina Hernández G. y Ernesto Rivadeneira, este punto no fue discutido en las instancias del juicio y por lo mismo no puede tenerse en cuenta en casación para desechar la apreciación del Tribunal. En tercer lugar, porque Quintero procedió en el contrato con la Hernández sobre la base de ser cierto ese matrimonio; y porque en el último contrato la propia Hernández Gutiérrez reservó la ratificación de la venta a Quintero a un hecho posterior, cual fue la licencia judicial que obtuviera. Por consiguiente no puede concluirse con entera seguridad que hubiera el propósito evidente de la señora Hernández Gutiérrez de desistir desde entonces de la acción de nulidad que en su beneficio exclusivo tenía y que le quedó en virtud de esa reserva.

En presencia de esa situación y mientras no se decida sobre la eficacia del contrato entre los dos Gutiérrez, no puede decirse que el Tribunal interpretara erróneamente el hecho alegado por el demandado como excepción y violara las disposiciones que cita el autor del recurso. No el inciso 3º del artículo 766 del Código Civil, porque el sentenciador no ha dicho que sea justo título el que adolece de un vicio de nulidad, sino que estando sin rescindir la venta entre los Hernández Gutiérrez, de donde deriva su título el comunero Mogollón, es preferente el título de aquella venta por ser más antiguo que el de Quintero. Tampoco los artículos 1502, 1503 y 1504 de la misma obra, porque no ha declarado que Paulina Hernández G. hubiera celebrado como persona completamente capaz el contrato a que se refiere el recurrente. Ni ha afirmado el sentenciador que la nulidad relativa no pueda sanearse por el transcurso del tiempo fijado

por la ley, o por la ratificación de las partes, para que hubiera violado el artículo 1743 del Código Civil; ni tampoco que no pueda declararse nulo un contrato a que falte algún requisito que la ley prescribe para su validez, según la calidad o estado de las personas que los ejecuten o acuerden. Lo que ha dicho el Tribunal es que no habiéndose rescindido el contrato entre los Hernández Gutiérrez, tiene eficacia legal que constituye una ley para las partes mientras no sea invalidado por consentimiento mutuo o por sentencia judicial, previo juicio en que sean oídas las mismas partes que lo celebraron, conclusiones que lejos de ser injurídicas se acomodan a los principios en materia de contratos y de nulidades sustantivas.

Tampoco aparece entre los conceptos emitidos por el Tribunal el de que se hubiera efectuado la ratificación del contrato celebrado entre los Hernández Gutiérrez por algún medio legal, con lo cual hubiera podido herir el artículo 767 del Código citado. Nada dice el Tribunal respecto de ratificación.

Por último, no violó indirectamente el Tribunal el artículo 1873 del mismo Código, al darle preferencia al título de Mogollón sobre el aducido por Quintero, porque tanto el título de Mogollón (escritura número 292 de junio de 1916), como el otorgado por Paulina Hernández Gutiérrez a Luis Hernández Gutiérrez (escritura número 268 de 8 de junio de 1916), fueron registrados primero que el de Quintero, y por consiguiente a Mogollón se le transfirió el derecho de dominio en la cuota indivisa en los terrenos materia de la división, por lo cual era el caso de dar la preferencia a ese de Mogollón, como lo hizo el Tribunal, mientras no se rescinda legalmente por el vicio de que adolece. Lejos de violar el Tribunal el artículo 1873 del Código Civil con la preferencia que dio a dicho título, se ajustó a lo que él dispone y a la interpretación constante dada por la Corte a tal artículo cuando se trata de dos ventas sucesivas.

Segundo cargo. Violación del mismo artículo 1873 del Código Civil.

Dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho y quebrantó directamente el artículo citado, en cuanto dio preferencia al título de Jesús Mogollón sobre el de Quintero, diciendo que es anterior y por haberse hecho primero a Mogollón la entrega de la cosa, sin parar mientes en que dicha disposición sustantiva se refiere—en lo tocante a bienes raíces—no a la entrega material, sino a la legal o de derecho que se efectúa por la inscripción del título en la oficina de Registro; y siendo eso así—continúa el recurrente—la tradición efectuada por la inscripción de los títulos de que Mogollón hace depender su derecho, está viciada y no es por tanto válida y no puede preferirse al título de adquisición de Quintero, obtenido *medio tempore*, porque la primera adolecía de un vicio que la hacía rescindible y no fue rectificadada en forma alguna, sino que antes bien quien tenía ese derecho y acción ejecutó un acto que dejó revocado el primer contrato e imposibilitó su confirmación, dejando irrevocablemente firme el título de Mogollón.

A esto se observa, fuera de lo ya dicho, que el Tribunal no aduce la entrega material hecha a Mogollón como razón única de la preferencia de su título, sino como confirmación del título inscrito primero que el de Quintero, según aparece de autos. Ahora el título de Mogollón aparece con vicio de nulidad, pero ello no im-

plica que no le transfiriera la propiedad y hay que tenerlo por subsistente mientras no sea anulado en juicio en que intervenga la parte favorecida con la acción correspondiente; y como tampoco puede tenerse como título firme y definitivo el de Quintero, por la razón ya expuesta, se estaba en presencia de dos títulos anulables pero no invalidados, de los cuales había que preferir el primero siguiendo la regla que establece el mismo artículo 1873; que por lo mismo no ha podido ser violado por el Tribunal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar, y no infirma, la sentencia de fecha veinte de agosto de mil novecientos veintinueve, proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en este juicio.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN N. MENDEZ — Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto tres de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Luis Felipe Marroquín, en nombre de las sucesiones de Clemente Mejía e Isabel Puerto de Mejía, demandó al señor Julio Ospina para que les restituyera a las expresadas herencias la finca **Plan de Río seco**, con todos los frutos naturales y civiles percibidos y los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

El Juez falló:

“Se condena a Julio Ospina a restituir a las sucesiones de Clemente Mejía e Isabel Cuervo (sic) de Mejía, representadas en la persona de Luis Felipe Calderón, la finca rural denominada **Plan de Río seco**, ubicada hoy en jurisdicción del Municipio de Guaduas, por los linderos insertos en la demanda, junto con los frutos naturales y civiles percibidos desde la contestación de ésta hasta el día de la restitución, no sólo en la cantidad que haya podido percibir el demandado durante ese tiempo, sino en aquella en que el dueño hubiera podido hacerlo con mediana inteligencia y actividad si hubiera tenido la finca en su poder.

“Absuélvese al demandado de las demás peticiones de la demanda.”

Apelada la sentencia anterior, el Tribunal de Bogotá la revocó y dispuso:

“1º Decláranse probadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado Julio Ospina, de nulidad por simulación del contrato contenido en la escritura pública número trescientos quince (315), de veintiuno (21) de octubre del año de mil ochocientos noventa y cuatro (1894), otorgada en la Notaría del Circulo de Guaduas, en cuanto se refiere dicho contrato a la finca denominada **Plan de Río seco**; de prescripción adquisitiva ordinaria de la misma finca por parte de Ospina, y consiguiente extinción de la acción reivindicatoria.

"2" Declárase no probada la excepción de nulidad, basada en la caducidad del poder otorgado por Bruno Arias a César Morales.

"3" Como consecuencia de las acciones acreditadas, absuélvese al demandado señor Julio Ospina de la demanda de reivindicación promovida contra él por Luis F. Marroquín en representación de las sucesiones demandantes, respecto de la misma finca de Plan de Río seco.

"4" Se absuelve al demandante Marroquín de las costas de primera y segunda instancia."

Contra este proveído se interpuso recurso de casación, que se admite por estar ajustado a las normas legales.

La historia de este juicio relatada por el Tribunal es la siguiente:

"El día veintinueve de enero del año de 1880, y mediante escritura pública número 29, otorgada en la Notaría del Circuito de Facatativá, el doctor César Morales compró a Sinforoso del Río un globo de tierra denominado Plan de Río seco, ubicado en jurisdicción del Distrito de La Paz, y comprendido bajo los siguientes linderos: 'Desde el río (Río seco) hasta la piedra llana; río abajo, hasta el desparramadero o quebrada de Sanabria; río arriba, hasta el brazuelo de Carpintero, y la loma hasta Peñón Blanco.'

"Más de diez años tuvo la propiedad de este terreno César Morales, hasta el veintinueve de septiembre de mil ochocientos noventa y uno, en que por instrumento número 452, otorgado en la Notaría de Honda, se lo vendió junto con dos de los cinco lotes en que se partió materialmente el terreno llamado Calamoina Viejo, ubicado en el mismo Municipio de La Paz, designados en la partición con los números cuarto y quinto; tres derechos de tierra en las denominadas Cocoló, ubicadas en el Municipio de Guaduas, y un fondo de cobre, al señor Clemente Mejía, por la suma de doce mil cien pesos (\$ 12,100), que Mejía se obligó a pagarle a Morales en el plazo de diez años nueve meses, contados desde la fecha de la escritura, pagando el interés del uno por ciento mensual cada dos años, a la señora Adelaida Santos, de Bogotá; en seguridad del pago, Mejía hipotecó las mismas fincas compradas; además, por medio de cláusula especial, se obligó a retrovender a César Morales 'los mismos terrenos de Plan de Río seco, los dos lotes de terreno de Calamoina, los derechos de Cocoló y el fondo de cobre, siempre que Morales así se lo exigiera dentro del plazo que tiene para pagar.'

"A su turno Clemente Mejía, por medio de la escritura número 370 de fecha diez y seis de diciembre de 1892, otorgada en la Notaría del Circuito de Guaduas, vendióle al doctor Bruno Arias las fincas que había adquirido de César Morales, por la misma suma en que las había comprado, comprometiéndose a pagárselas a César Morales en el plazo de nueve años, siete meses y diez y siete días, contados desde la fecha de la escritura, pagando el interés del uno por ciento mensual; en seguridad del pago, Arias hipotecó a César Morales los mismos inmuebles; y se comprometió a dar en venta a éste las fincas raíces expresadas dentro del término de cuatro años, contados desde la fecha de la escritura, por el mismo precio de compra. César Morales intervino en el otorgamiento de esta escritura aceptando las estipulaciones en su favor.

"Clemente Mejía nuevamente volvió a adquirir del doctor Bruno Arias los bienes materia de las ventas anteriores por medio de la escritura pública número 315, de veintiuno de octubre de mil ochocientos noventa y cuatro, otorgada también en la Notaría de Guaduas. En este instrumento el doctor César Morales, haciendo uso de un poder general que le había conferido el doctor Bruno Arias por escritura número 378, de diez y nueve de diciembre del año de mil ochocientos noventa y dos, de la Notaría de Guaduas, aparece vendiéndole a Clemente Mejía, en representación de Arias, los terrenos de Plan de Río seco, Calamoina Viejo y Cocoló, tal y como están descritos en las escrituras anteriores, por la misma suma de doce mil cien pesos (\$ 12,100), que Mejía obligóse a pagar a César Morales en el plazo de siete años nueve meses y diez días, contados desde el otorgamiento de la escritura, y pagando el interés del uno por ciento mensual a la señora Adelaida Santos, de Bogotá. Mejía hipotecó a Morales las fincas materia del contrato en garantía de la deuda, y en seguida se obligó a retrovenderle a César Morales, por el precio estipulado, los referidos inmuebles dentro del término de cuatro años, contados desde la fecha de la escritura.

"Es de advertir que cuando la anterior escritura se otorgó por el apoderado Morales, el poderdante Bruno Arias había ya fallecido en la población de Chiquinquirá el día veintiuno de septiembre del citado año de 1894, es decir, un mes antes.

"Clemente Mejía falleció el veinticinco de octubre de mil novecientos bajo la memoria testamentaria extendida ante el Notario de Guaduas el día tres de diciembre de mil ochocientos noventa y ocho, y marcada con el número 266. En este testamento instituyó como heredera universal a su esposa Isabel Puerto.

"Muerta Isabel Puerto de Mejía el día veintisiete de mayo de mil novecientos seis, dejó como heredero universal a Roberto Parra, y como albacea a Roberto Anzola, según así consta en la escritura pública número 81, de diez y seis de mayo de mil novecientos seis, otorgada en la Notaría de Guaduas.

"Roberto Parra vendióle a Soledad Parra todos sus derechos y acciones en la sucesión de Isabel Puerto de Mejía, por escritura número 87, de diez y ocho de abril de mil novecientos doce, pasada como las anteriores ante el Notario de Guaduas; y por último, Soledad Parra le transfirió a Luis F. Marroquín, por la suma de cincuenta pesos, los mismos derechos y acciones. Léase la escritura número 103, de 25 de julio de 1917, de la Notaría de Guaduas.

"Las sucesiones de Clemente Mejía e Isabel Puerto de Mejía se declararon abiertas en el Juzgado primero del Circuito de Guaduas, la primera el diez y seis de julio de mil novecientos uno, y la segunda el diez y siete de agosto de mil novecientos seis, habiéndose acumulado ambos juicios en el mes de octubre del año de mil novecientos diez y siete. En el mes de julio del año siguiente practicáronse los inventarios en ambas sucesiones, y entre los bienes denunciados por el cesionario Luis Felipe Marroquín como de propiedad de las dos herencias, figura entre otras la finca de Plan de Río seco, que se encontró ocupada por Julio Ospina, como apoderado del doctor César Morales, en cuya virtud fue dejada en poder de Ospina.

"En el mes de octubre del año de mil novecientos veinte, Luis Felipe Marroquín, procediendo en nombre de las dos sucesiones de Clemente Mejía e Isabel Puerto de Mejía, demandó al señor Julio Ospina en juicio ordinario de reivindicación para que fuera condenado a restituir a las expresadas herencias la finca de Plan de Río seco, con todos los frutos naturales y civiles percibidos y los que su verdadero dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si hubiera tenido la finca en su poder."

No entra la Corte en el estudio de todas las acusaciones del recurrente, porque a su juicio no prosperan los reparos que se le hacen a la sentencia por haber declarado probada la excepción de nulidad por simulación del contrato contenido en la escritura número 315, de veintiuno de octubre de mil ochocientos noventa y cuatro, por la cual Clemente Mejía le compró a Bruno Arias la finca Plan de Río seco, y no prosperando ellas, no hay para qué estudiar la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria y consiguiente extinción de la acción reivindicatoria.

Antes de entrar a considerar los reparos acerca de la simulación, se contestan algunas observaciones previas que hace el recurrente.

Considera el recurrente que el sentenciador violó los artículos 1501, 1502, 1524 y 1741 del Código Civil, por cuanto consideró que la falta de causa en los contratos hace parte de los elementos que pertenecen a la naturaleza de ellos y no a los de su esencia, y basa su argumentación en una frase incidental del sentenciador, cual es:

"Siendo la causa y el consentimiento requisitos prescritos por el legislador para la validez de los actos y declaraciones de voluntad en consideración a la naturaleza de éstos, y no a la calidad o estado de las personas, es indudable que la ausencia de esos elementos engendra nulidad absoluta."

Repárase que antes de estampar tal concepto, el Tribunal había dicho de una manera muy clara, que entre los requisitos exigidos por el artículo 1502 del Código Civil, como esenciales para la validez de los contratos, es indispensable que ellos tengan una causa real y lícita. Dice así:

"Entre los requisitos que el artículo 1502 del Código Civil exige como esenciales para la validez de un acto o declaración de voluntad, figura el que 'tenga causa lícita.'"

La frase del sentenciador que nota el recurrente, fue dicha al estudiar la clase de nulidad que afecta los actos y contratos civiles por falta de una causa real y lícita y en esa frase casi transcribe el sentenciador la disposición del artículo 1741, que indica los requisitos cuya falta implica nulidad relativa o absoluta, ya sea que esos requisitos se exijan en relación con la naturaleza del acto o en relación al estado de las personas.

Así, pues, no ha dicho el Tribunal que la falta de causa en un contrato pertenezca a la naturaleza del mismo y no a su esencia.

Se acusa en segundo término la sentencia por violación de los artículos 1766 del Código Civil y 681 del Código Judicial, por cuanto el sentenciador desestimó la escritura pública número 315 de octubre de mil ochocientos noventa y cuatro, dándole valor a unas cartas particulares, para desestimar el valor de ese instrumento.

El Tribunal no desconoció el valor de la escritura como documento auténtico, lo que hizo fue declarar nulo el contrato a que se refiere la citada escritura por falta de causa, por ser éste simulado.

Es una doctrina establecida definitivamente en estrados que los contratos cuya causa es simulada, pueden ser declarados nulos, de nulidad absoluta, sirviendo para esa decisión como medio probatorio hasta los indicios. Eso fue lo que hizo el Tribunal. Ciertamente que las escrituras públicas hacen fe acerca de su contenido, pero contra esa fe se puede ir contraprobando alguna de las causas que anulan los contratos. Esto lo preceptúa la ley y lo tiene recibido la jurisprudencia.

El recurrente considera que se violaron los artículos 678 y 679 del Código Civil, por cuanto el sentenciador consideró las cartas privadas de que luego se hablará, como documentos auténticos, siendo así que ellas son apenas papeles privados.

Se observa: el sentenciador expresó claramente su idea respecto de las cartas, al decir que la autenticidad estaba demostrada por el cotejo que de ellas hicieron los peritos respectivos. Luego, accidentalmente habló de ellas como de documentos auténticos, tomando esta palabra no en el sentido legal, sino en el real, es decir, lo que se tiene por cierto y positivo, dando con ese término a entender que las cartas no eran apócrifas.

Entra de lleno el recurrente a acusar la sentencia por error de hecho y de derecho en la apreciación de las cartas que sirvieron como indicios para declarar la nulidad del contrato.

Es bueno advertir que esos indicios están demostrados, es decir, que esas cartas las escribió el señor Clemente Mejía de su puño y letra y las dirigió al señor César Morales, demostración que el Tribunal consideró probada con el cotejo de letras. Ahora, los juzgadores son soberanos en la apreciación de los indicios y sólo puede atacarse esa apreciación cuando el fallador ha tomado como indicios hechos que no están demostrados o que no son indicios conforme a la ley.

Basta leer, sentado lo anterior, esos conceptos del Tribunal para que quede en el ánimo de la Corte la certeza de que esos indicios son vehementes y que al apreciarlos no se incurrió en error de hecho.

Dice así la sentencia:

"Las cartas son tres, suscritas por Clemente Mejía y ellas fueron presentadas en el término de prueba de la segunda instancia. Su autenticidad está demostrada en concepto del Tribunal con el cotejo de letras practicado a solicitud del apoderado de Ospina. El apoderado de Marroquín le hace algunos reparos a la diligencia de cotejo practicada por el Juez de Guaduas, para deducir su carencia de valor. La Sala sentenciadora estima infundados esos reparos y para ello apóyase en las razones expuestas en auto de trece de diciembre de mil novecientos veintiocho, cuyos términos acoge, agregando además estos otros: primero, que el nombramiento de perito hecho por el Juez comisionado en la persona del señor Eduardo Contreras, con el fin de reemplazar al perito Rubio, designado por la parte demandante, quedó en firme antes de la diligencia de cotejo, desde que a Marroquín, en treinta y uno de octubre, se le puso en conocimiento ese nombramiento, sin que hubiera reclamado del auto respectivo en tiempo oportuno, ni hubiera propuesto tacha alguna contra el nuevo perito; y segundo, que por la ejecutoria del auto sobre nombra-

miento y reemplazo de perito, todo lo relacionado con la excusa del señor Rubio quedó legalizado, pues aun cuando esa excusa no hubiera debido admitirse como lo sostiene Marroquín, la admisión engendró una ilegalidad, subsanable con la ejecutoria del auto.

“El dictamen pericial adquirió en su forma plena perfección. El término del traslado transcurrió sin que la exposición pericial hubiera sido objetada.

“Cuanto a la fuerza probatoria del dictamen, todo inclina a aceptarla en su plenitud. Los tres peritos, luego de una atenta comparación de las firmas de Clemente Mejía estampadas en las cartas, con otras firmas auténticas contenidas en documentos públicos que reposan en el Juzgado y Notaría de Guaduas, concluyeron sosteniendo la autenticidad de las cartas, de acuerdo con la siguiente exposición:

‘Examinadas cuidadosamente las tres cartas suscritas por el señor Clemente Mejía, bajo las direcciones **compadre César y estimado compadre**, en el Consuelo, el 14 de noviembre de mil ochocientos noventa y cuatro, y el dos y siete de agosto de mil ochocientos noventa y cinco, respectivamente, aparece que son escritas, firmadas y rubricadas por el mismo señor Clemente Mejía. Comparadas estas cartas con los memoriales firmados con el nombre de Clemente Mejía, y presentado en el Juzgado 1º del Circuito de Guaduas, por el mismo señor y con las firmas de las notificaciones que aparecen en el juicio promovido por los señores César Morales y Clemente Mejía contra Epifanio Morales y el doctor Bruno Arias, y en el de división material del terreno de Cocoló y La Vega, seguido entre los señores Alejandro Prieto y Antonio Fernández y otros que nos han puesto de presente, se halla que todos esos documentos están firmados por el señor Clemente Mejía. También examinamos, con el mismo cuidado, en el archivo de la Notaría del Circulo de Guaduas, en los protocolos correspondientes, las escrituras públicas números 315, de veintinueve de octubre de mil ochocientos noventa y cuatro, y 105 y 106 de veintitrés de agosto de mil ochocientos noventa y cinco. En ellas se halla la firma y rúbrica del señor Clemente Mejía, y cotejadas con las de las cartas mencionadas anteriormente, aparece que son suscritas por una misma mano y con una misma forma de letra.

‘Por lo expuesto, conceptuamos de común acuerdo que la letra, firmas y rúbricas que dicen Clemente Mejía, y que aparecen en todos los documentos que hemos examinado, son de la misma persona, porque su forma de letra, enlaces, así como los perfiles y gruesos y demás características de caligrafía, son iguales. El perito señor Bernardino Alvarez adicionó su concepto manifestando que conoció personalmente al señor Clemente Mejía, con quien tuvo negocios y mantuvo correspondencia, y por tanto está en capacidad de certificar que tanto las firmas que aparecen en las cartas como en los documentos examinados, son de puño y letra del señor Clemente Mejía.’

“Ciertamente que de acuerdo con el artículo 718 del Código Judicial, la prueba resultante del cotejo en sí misma considerada, es una prueba incompleta; mas los Jueces están facultados para darle mayor o menor fuerza, según la uniformidad del dictamen de los peritos, y otras circunstancias de significación. Aquí la Sala opta, como se ha dicho, por prestarle completo mérito probatorio al dicho de los peritos, fundándose en las razones que ellos

aducen, bastante aceptables; en la uniformidad con que los peritos dieron su concepto; y además en estos otros hechos que el Tribunal apunta de su cuenta: la notoria antigüedad de las cartas y del papel en que aparecen escritas; la armonía que guarda la carta de siete de agosto con el poder a que ella se refiere; varios de los hechos tratados en las cartas, conexiones con los negocios que mantenían César Morales y Clemente Mejía, y los que tratados por persona distinta de Clemente Mejía no habrían resultado tan naturales y espontáneos como en las cartas se describen y se tratan; y por último, la misma actitud de Marroquín y su apoderado, quienes no se han atrevido a aseverar rotundamente la falsedad de los mencionados documentos.

“Dando, pues, por sentado que las cartas son auténticas, en lo cual la Sala procede bajo la más arraigada convicción, pasemos a examinar su contenido:

“La primera, fechada en El Consuelo, el 14 de noviembre de 1894, no está dirigida expresamente a César Morales, sino a una persona designada bajo la expresión familiar de **estimado compadre**. Contiene el siguiente párrafo, en el cual encuentra el mandatario de Ospina una significativa confesión: ‘Anoche hablé muy largo con un sujeto que comprendí no lo quiere a usted, mal sobre los asuntos de Río seco, etc., y la muerte del doctor Arias usted debe juzgar lo que yo le diría; es decir, todo lo que en realidad ha pasado, hasta lo cogido por la viuda Obando, de productos de Río seco, por arriendos y motivo de sus ventas de confianza’ (Subraya el Tribunal).

“La segunda carta fechada en El Consuelo, el dos de agosto de mil ochocientos noventa y cinco, está dirigida al **compadre César**. De esta carta puede destacarse como pertinente el siguiente párrafo:

‘El señor Juan Antonio Uricoechea, como le digo antes, se quedó aquí anoche; hablamos largo; le dije cómo era que yo tenía la escritura de sus fincas, y cómo era dueño usted de Río seco; y no como dicen que Capitolino le hizo a usted escritura de confianza, antes de partir para la guerra....’ (Subraya el Tribunal).

“Y la última carta, como la anterior, fechada en El Consuelo el siete de agosto de 1895, y dirigida al **compadre César**, dice:

‘Creo de vital importancia que debe tener listo el poder que le debo yo conferir, para que me represente en un todo en el manejo, etc., de las fincas vendidas, por las cuales tengo los títulos dados por usted, para cuando yo vaya, firmarlo.’ (Subraya el Tribunal).

“Según la ley—artículo 561 del Código Judicial—la confesión contenida en las cartas anteriores, al existir en realidad, sería una confesión extrajudicial, equivalente a prueba deficiente o grave presunción. Pero es claro que esta presunción unida a otras, puede servir como elemento para producir la plena prueba de la simulación del contrato.

“La Sala sentenciadora, como cualquier persona imparcial que detenga la atención en las frases subrayadas, tiene que convenir en que la lectura de dichos párrafos deja en el ánimo la impresión de que en ellos se trata de una venta de confianza celebrada por Clemente Mejía con el destinatario de las cartas, y que la venta comprende la finca de Plan de Río seco. En efecto, en la primera habla de los ‘motivos de sus ventas de confianza’; la

segunda es más categórica, pues contiene el reconocimiento explícito de que Plan de Río seco es del compadre César, al decir: 'le dije cómo era que yo tenía la escritura de sus fincas, y cómo era usted dueño de Río seco;' y la tercera, casi al cabo de un año, vuelve Mejía a hablarle al compadre César de las fincas vendidas 'por las cuales tengo los títulos dados por usted,' para advertirle a César prepare el poder que Mejía le debe conferir, a fin de que lo represente en el manejo de esas fincas. Y como para que nada falte, a los pocos días de esta última carta, Mejía le confiere poder general de administración y de libre disposición a César Morales, en Guaduas, bajo la escritura número 105, de veintitrés de agosto, precisamente sobre las fincas que había comprado a Bruno Arias, por conducto de Morales, entre las cuales está Plan de Río seco.

"Francamente sería una extraña coincidencia, que el Tribunal no acierta a explicar, ni ha explicado el demandante, el que las cartas se refieran a un negocio referente a otra finca denominada Plan de Río seco, y a un título diferente del que ahora se discute; mas aquella casualidad estuvo lejos de existir, porque, como adelante veremos, otros indicios contribuyen a darle mayor fuerza de verdad a la confesión deducida de las tres cartas."

Violación del artículo 1766, por cuanto el sentenciador le dio valor a las cartas analizadas contra terceros, ya que ellas fueron uno de los fundamentos para declarar la simulación del contrato.

Se observa: la disposición del artículo 1766 se refiere, sin duda alguna, a las escrituras privadas hechas intencionalmente por las partes para alterar lo pactado. Es, pues, indispensable que en ellas intervengan expresamente las partes contratantes, cosa que no sucede en el caso que se estudia, pues las cartas anotadas no fueron escritas por ambos contratantes, Mejía y Morales, para alterar el contrato de venta de Plan de Río seco; fueron escritas expresamente por Mejía, y constituyen un acto unilateral de éste, que por ser unilateral, lo saca del alcance de la disposición del artículo 1766.

Luégo se verá si los sucesores de Mejía y de su esposa Isabel Puerto, en cuyo nombre se demandó, son terceros en este negocio.

Ataca el recurrente el fallo por error en la apreciación de la prueba del indicio que el sentenciador apellida "la posesión de César Morales."

La posesión es un fenómeno psicológico, de fuero interno, esto es, el ánimo de poseer una cosa como dueño y señor, y este ánimo no desaparece cuando el dueño vende simuladamente y sigue usufructuando la cosa vendida y reteniéndola como si no se hubiera desprendido de ella, que fue lo que pasó con César Morales. Verdad es que hay un poco de imprecisión en los términos del sentenciador y que hubiera sido más ajustado al léxico jurídico decir que Morales siguió con la tenencia de la finca vendida, que no con la posesión, pero ese cambio de vocablos no atenúa el hecho de que Morales después de la venta siguió administrando la finca y usufructuándola como cosa propia.

Se transcribe lo pertinente del fallo a ese respecto para ver cómo apreció el Tribunal ese indicio y para mostrar que en esa apreciación no hay error evidente de hecho:

"La posesión de César Morales. Cuando un vendedor a ciencia y paciencia del comprador después del contrato de compraventa continúa ocupando y usufructuando la cosa vendida, sin mediar alguna circunstancia explicativa de este hecho, surge a la verdad uno de los indicios más vehementes, tendientes a demostrar que el contrato obedece a una simulación de objeto y de consentimiento, y que los contratantes sólo se propusieron en realidad aparentar un traspaso de la propiedad, quedando ésta en el fondo tal como antes estaba.

"No es razonable que el comprador de una cosa con ánimo de hacerse a la propiedad de ella y obtener sin limitación de nadie su uso y su goce, la deje abandonada en poder del vendedor o de otra persona, sin ánimo de recuperarla, contrariando así los fines de la operación celebrada, común en todas las personas de criterio. Quien así procede está indicando que carece de todo interés próximo o remoto en el contrato, y quien carece de este interés es porque su participación en la convención obedece a fines distintos de los de adquirir la propiedad de un bien.

"Estas consideraciones toman mayor relieve como cuando en el caso de autos, la finca vendida representa un valor considerable; pues basta recordar que a la hacienda se le fijó en el año de 1894 un precio de diez mil pesos oro. De manera que si Clemente Mejía, a pesar del contrato dejó la hacienda abandonada indefinidamente en manos de César Morales, el hecho, a falta de otra explicación aceptable, obedece a que aquél no tuvo en realidad la intención de adquirir la propiedad de la finca.

"Y este hecho o este otro segundo indicio de indiscutible vehemencia aparece acreditado en el proceso. El señor César Morales, desde la época del contrato en adelante no dejó de retener materialmente la finca de Plan de Río seco; y ni un solo día entró a poseerla Clemente Mejía, quien nunca le discutió al primero aquella ocupación, ni se la arrebató ni lo perturbó en ella. En el hecho los contratantes continuaron obrando como antes, como si el contrato no existiese.

"El demandado sostiene que el señor César Morales, su antecesor, tiene en su poder la finca de Plan de Río seco desde el año de mil ochocientos noventa y cuatro. Con el fin de corroborar este aserto, en primera instancia, hizo venir al debate las declaraciones de Aurelio Lozano, Bernardino Londoño y Saturnino Mora. Estos testigos, cuyos testimonios se recogieron en el mes de abril de mil novecientos veintitrés, dicen que el señor Ospina y el señor Morales, su antecesor en el dominio, hace más de veinte años que están en posesión de Plan de Río seco. De estas declaraciones no se puede inferir la fecha cierta en que comenzó la posesión de Morales. Pero sí se sabe que ya en mil novecientos tres, es decir, veinte años atrás, César Morales manejaba la hacienda como dueño, sin reconocer dominio ajeno. A este respecto los testigos son categóricos.

"En segunda instancia vinieron las declaraciones de Víctor M. Suárez, Joaquín Alvarez, Simón Casasbuenas, Epifanio Gutiérrez, Rubén Londoño y Saturnino Mora. A todos estos testigos que, o fueron vecinos de Plan de Río seco, o pasaban constantemente por allí, les consta a ciencia cierta que desde octubre de mil ochocientos noventa y cuatro hasta enero de mil novecientos veinte, César Morales ejerció actos de posesión y dominio exclu-

sivos sobre la finca mencionada, presentándose siempre como dueño y señor de este terreno, y sin que nunca hubieran visto a Clemente Mejía ejecutando los mismos actos. Dos de los testigos suministran datos de la mayor importancia: Suárez dice que a principios del año de mil ochocientos noventa y seis entró a manejar la hacienda como administrador nombrado por el señor Juan Antonio Uricoechea, quien se la había tomado en arrendamiento a César Morales en el año de mil ochocientos noventa y cinco, y como tal administrador, el testigo en muchas ocasiones le entregaba el valor de los arrendamientos a Morales, quien figuraba como dueño y poseedor de la finca, considerándose así en toda la región; y Bernardino Londoño dice que es arrendatario del potrero de Carpintero desde hace más de treinta años; que como a dueño se lo tomó a César Morales, quien en varias ocasiones le ha arrendado otras partes de la hacienda.

"Las declaraciones anteriores son concluyentes en el sentido de comprobar que César Morales, desde el año de mil ochocientos noventa y cuatro, siempre se presentaba como dueño de Plan de Río seco, ejercitando actos correspondientes a tal carácter. Es decir, que Clemente Mejía nunca ocupó materialmente la hacienda, ni nunca se presentó ante terceros como dueño, ni ejecutó actos de posesión por sí ni por interpuesta persona.

"Es cierto que casi un año después de la venta, el veintitrés de agosto de mil ochocientos noventa y cinco, y por escritura número 105, Mejía le confirió a Morales poder generalísimo de administración y de disposición sobre varias fincas, entre otras, sobre la de Plan de Río seco. Con este poder, claro está, el poderdante realizó un acto de dueño, sobre la finca y en relación con Morales. Pero a pesar de este poder Morales continuó presentándose ante terceros en la condición de propietario. Según dicen los testigos, todos los actos los celebraba a nombre propio. Por la manera de obrar, los vecinos de Guaduas siguieron reputando a Morales como el verdadero propietario de la hacienda, y simulada la escritura de compraventa. Y estas circunstancias hacen que el poder, en lugar de ser para la Sala un elemento destructivo de la posesión de Morales, sea un nuevo elemento encaminado a demostrar esa posesión. Claro está que el Tribunal habla, no de la posesión tomada en rigor jurídico, en relación con Clemente Mejía, sino de la posesión conforme aparecía ante extraños, antes y después del otorgamiento del poder. ¿Por qué razón Morales, no obstante el poder, siguió presentándose en público como dueño, haciendo caso omiso del mandato, sin una protesta ni un solo reclamo de Mejía y antes sí con el tácito consentimiento de éste? El detalle es por demás significativo.

"Ahora, el poder sirve igualmente para reforzar el indicio resultante de las cartas; vióse que una de éstas, la de siete de agosto de mil ochocientos noventa y cinco, escrita pocos días antes del otorgamiento de aquél, contiene la recomendación de Mejía a don César para que tenga listo el poder que el primero debe conferir al segundo, para que lo represente en el manejo de las fincas vendidas, "por las cuales tengo los títulos dados por usted, para cuando yo vaya a firmarlo." A los pocos días resulta el poder. ¿Porqué Mejía emplea la expresión de "títulos dados por usted"? Su significado debe buscarse en armonía con las otras dos cartas, y ellas

hemos visto ya que Mejía dice en una, que él le había referido a don Juan A. Uricoechea, cómo él, Mejía, tenía la escritura de las fincas de Morales, y cómo éste era dueño de Plan de Río seco; y en la otra, todo lo que le dijo Mejía a un sujeto sobre los asuntos de Río seco y "motivo de sus ventas de confianza."

"De consiguiente, los indicios derivados de las cartas y de la posesión de César Morales sobre la finca, no obstante el poder, indicios ambos de una vehemencia indiscutible, tienden a robustecer mutuamente y confluyen a poner en evidencia la hipótesis de la simulación.

"Inefectividad práctica del contrato de venta. Este es un tercer indicio que para la Sala sentenciadora adquiere fuerza incontrastable. Efectivamente, Clemente Mejía no se consideró ligado con el pacto de retroventa, ni pagó el precio en el término estipulado, ni canceló la hipoteca constituida en garantía de éste, ni al momento de otorgar testamento, dos años antes de su muerte, consideró como propia la finca de Plan de Río seco; al contrario, antes de su muerte la consideró ajena.

"Al folio 8 del cuaderno de pruebas número 3, existe un certificado del Registrador de instrumentos públicos del Círculo de Guaduas, fechado el catorce de abril de mil novecientos veintitrés, y según el cual en los libros de la respectiva oficina no se encuentra constancia de que el señor Clemente Mejía haya pagado al señor César Morales, como apoderado de Bruno Arias, la suma de doce mil pesos y sus intereses, como precio de las fincas denominadas Plan de Río seco y Cocoló, y La Vega, según aparece de la escritura número 315, de fecha veintinueve de octubre de mil ochocientos noventa y cuatro, otorgada en la Notaría de Guaduas, cuya inscripción en el libro de hipotecas está sin nota de cancelación.

"Entre los documentos acompañados a la demanda figura el testamento de Clemente Mejía, y en sus cláusulas segunda, tercera y cuarta, dice:

"Segunda. Me hallo casado legítimamente con la señora Isabel Puerto, en cuyo matrimonio no hemos tenido descendencia.

"Tercera. Declaro que cuando contraí matrimonio, aporté a él un capital de dos mil pesos, y mi esposa no aportó ninguno.

"Cuarta. Declaro que poseo como de mi propiedad los bienes siguientes: cuatro tiendas de calicanto y teja; una casa de bahareque, cubierta con teja metálica; una mediagua de madera, cubierta con teja metálica, tiendas y casa en terreno propio, todas estas fincas situadas en la ciudad de Honda, Departamento del Tolima. Estos bienes los he adquirido conjuntamente con el trabajo mío y de mi esposa, a quien por ministerio de la ley, le corresponde una parte.

"Y por último, en el cuaderno de pruebas número 9, folios 31 a 36, se lee en copia una demanda suscrita por Clemente Mejía y César Morales, contra los herederos del doctor Bruno Arias, dirigida al Juez primero del Circuito de Guaduas, en la cual demandan a los supradichos herederos, para que con su audiencia se declare que es nulo y de ningún valor ni efecto el contrato consignado en la escritura número 370, de diez y seis de diciembre de mil ochocientos noventa y dos, por medio de la cual Clemente Mejía vendió a Bruno Arias varias fincas relacio-

nadas en la escritura, contándose entre ellas Plan de Río seco, o para que en subsidio se declare que los demandados están en la obligación solidaria de retrovender a César Morales las mismas fincas. Estas son las peticiones principales. Además figuran otras de menor importancia.

"Esta última demanda demuestra palmariamente que Clemente Mejía olvidó cuando menos el contrato de compraventa por medio del cual había adquirido la propiedad de Plan de Río seco, pues de haber considerado en vigor este contrato, era claro que los herederos de Bruno Arias a ningún pacto de retroventa estaban obligados en relación con César Morales, pues a la muerte de Arias, según tuvo ocasión de demostrarse, éste ya había traspasado la propiedad de las fincas, por conducto de su apoderado Morales, al mismo Clemente Mejía, junto con las demás obligaciones de pagar el precio y retroventa a Morales. De manera que Mejía con la sola vista de esta última escritura debía comprender que más que sobre los herederos de Bruno Arias sobre él personalmente gravitaba la obligación de retrovender a Morales, que de otros estaba reclamando. ¿Qué significa aquel olvido? Sencillamente que ni él ni César Morales consideraron con valor real la escritura de compra a Bruno Arias.

"Esta interpretación cobra mayor fuerza en presencia del testamento de Mejía, quien al relacionar todos sus bienes omitió voluntariamente la propiedad de mayor valor; como lo observa el Juez del conocimiento, "es inexplicable que el comprador de una finca de considerable valor, cuyo título no había sido cancelado, dejara de relacionarla entre sus bienes."

"Y esto explica también porqué Clemente Mejía ni su viuda, jamás se creyeron obligados a cumplir las obligaciones que sobre el primero pesaban, derivadas del contrato; al punto que todavía hoy la hipoteca aparece inscrita, el precio de la finca sin pagar, y la obligación de retrovender incumplida.

"Y el presente indicio también explica satisfactoriamente la razón que tuvo Mejía para dejar abandonada la finca en poder de Morales, permitiéndole que ante terceros asumiera el carácter de dueño; explica igualmente las alusiones contenidas en las cartas, sobre ventas de confianza y reconocimiento de la verdadera propiedad de Plan de Río seco; e igualmente explica el otorgamiento de poderes ilimitados a Morales, con los cuales éste podía hacer y deshacer, aun después de la muerte de Mejía, conforme la voz por demás dicente de una de sus cláusulas."

Estos indicios no fueron apreciados separadamente, ni cada uno de ellos sirvió de base al fallo; lo fueron en su conjunto, relacionados unos con otros para producir en el juzgador la convicción de la simulación del contrato, y como todos ellos están probados, la apreciación que de ellos se hizo por el juzgador no puede variarse en casación, a pesar de los esfuerzos del recurrente, quien no ha logrado demostrar que ellos no están probados, como lo ha pretendido, pues existe la prueba de la existencia de las cartas, reconocidas por peritos; las declaraciones de varios testigos de que Morales siguió ocupando materialmente la finca y usufructuándola, como si fuera propia; existe el poder conferido por Mejía a Morales y el testamento de Me-

jía en que no mencionó esa finca como de su propiedad y el juicio de sucesión de su esposa en que tampoco figuró esa hacienda ni como de propiedad de Mejía ni de la sociedad conyugal Mejía-Puerto.

Se tacha el fallo por el quebrantamiento del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, puesto que la sentencia va contra terceros poseedores de buena fe, como lo es el señor Luis Felipe Marroquín, comprador de Soledad Parra. Dice así el recurrente:

"Estas disposiciones han sido violadas porque en el supuesto, que no acepto, de que el contrato celebrado por César Morales como representante de Bruno Arias con Clemente Mejía, por escritura 315, de 29 de octubre de 1894, otorgada en la Notaría de Guaduas, hubiera sido simulado, y en la hipótesis, que también rechazo, de que la tal simulación estuviera plenamente probada, la sentencia respectiva no podía ir contra terceros de buena fe, por ser este un principio consagrado por aquellos preceptos.

"Como el contrato fue celebrado entre Morales (Arias) y Mejía, la sucesión de éste, la de Isabel Puerto (heredera testamentaria), Roberto Parra (heredero testamentario de la Puerto), Soledad Parra (compradora de Roberto) y Luis Felipe Marroquín (comprador a Soledad y demandante), son terceros y lo son de buena fe, porque el presunto heredero no interviene personalmente en los actos o contratos de su presunto causante; es jurídicamente un extraño a ellos, porque éste no obra en su representación. Y si son terceros los herederos, con cuánta mayor razón lo serán los adquirentes de los derechos de aquéllos a título oneroso."

Se ha visto al historiar el litigio que lo que Soledad Parra vendió a Marroquín fueron los derechos que tuviera en la sucesión de Isabel Puerto de Mejía, y Marroquín, hablando en nombre de las sucesiones de Clemente Mejía y su señora, estableció esta demanda contra Julio Ospina para que fuera obligado a restituir la finca Plan de Río seco a esas sucesiones.

Lo que hay que averiguar es si las sucesiones para quienes se demandó sean terceros respecto de los señores Clemente Mejía y César Morales que celebraron el contrato que se tacha de nulo.

La jurisprudencia de esta Superioridad tiene resuelto que tratándose de contratos simulados los herederos de las personas que intervinieron en el contrato pueden demandar la nulidad, porque la sanción que impone la ley es de carácter penal y las penas son una cosa personal que no puede pasar a los herederos, doctrina ésta que se refiere al caso de que los herederos quieran demandar la nulidad de él, pero los herederos universales de las personas que intervinieron en la celebración del contrato son los continuadores del que celebró el contrato, lo representan en un todo, de suerte que demandar a los herederos es jurídicamente como demandar al causante.

Si así no fuera, por el hecho de morir uno de los que celebraron el contrato nulo, éste no podría declararse en justicia simulado porque no habría contra quien dirigir la acción, si los herederos de esa persona se consideraran como terceros.

Esta solución ha sido dada por la Corte en sentencias de cinco de septiembre de mil novecientos veintidós y treinta de abril de mil novecientos quince, que dicen:

"Tercero en un contrato no es el que tenga justo título, sino el que no intervino en él o no es causahabiente universal del mismo. (Gaceta Judicial, tomo XXIX, página 262, 1ª)."

"Los causahabientes a título particular son terceros respecto de los causantes que celebraron un contrato por medio de documento privado; pues ellos son extraños al contrato y no son sucesores en todos los derechos y obligaciones transmisibles de las partes que lo celebraron. (Gaceta Judicial, tomo XXV, página 74, 2ª)."

Párese igualmente la atención que Marroquín en nombre de los sucesores de Mejía y su señora no ha demandado la simulación; ella fue propuesta por el demandado Ospina, por vía de excepción. Tampoco se ha negado por el sentenciador que la simulación pronunciada judicialmente no produce efectos contra terceros poseedores de buena fe; lo que tenía que demostrar el recurrente era que los sucesores de Clemente Mejía y su mujer fueran terceros en ese pleito, para así alegar la violación del artículo 15 invocado.

Es conveniente reproducir la contestación de la parte no recurrente, que prohija la Corte, por considerar que esas razones son bastantes para rebatir las alegaciones del recurrente.

Dice así:

"El señor Luis Felipe Marroquín inició la demanda en representación de las sucesiones ilíquidas de Clemente Mejía e Isabel Puerto de Mejía; es decir, no en nombre propio, sino en nombre de dichas sucesiones, que son en esencia las mismas personas que los causantes; y es notorio que el causante Clemente Mejía intervino directamente en la celebración del contrato simulado, e Isabel Puerto fue heredera universal de su marido.

"Ahora bien. La jurisprudencia constante de la Corte tiene establecido que solamente los causahabientes a título particular son terceros respecto de los causantes, pero que nunca tiene la calidad de tercero el causahabiente universal.

Si, pues, Isabel Puerto fue causahabiente universal de Clemente Mejía y éste intervino directamente en el contrato simulado, es infantil tratar de probar que las sucesiones de estos cónyuges son terceros de buena fe contra las cuales no puede alegarse la nulidad por simulación.

"Y no es posible terminar este capítulo sin poner de realce un error capital del recurrente; porque el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 no trata del punto planteado por el recurrente en este capítulo, es decir, no determina contra quiénes pueda alegarse la simulación, sino que se limita a decir quiénes pueden alegar una nulidad. En una palabra, la disposición citada consagra el derecho activo, no el pasivo en caso de nulidad.

"En consecuencia, mal puede haber sido violado por el Tribunal dicho precepto, y está fuera de lugar la jurisprudencia de la Corte invocada por el demandante, porque ella se refiere también a quien pueda alegar la nulidad, pero no a que los herederos a título universal sean terceros con relación a su causante; esto ni lo ha dicho la Corte nunca y antes bien ha establecido precisamente todo lo contrario, como se deja demostrado."

Como se advirtió al principio de este fallo, no se estudiarán los demás reparos del recurrente respecto de las otras excepciones, pues es inútil ese estudio hallándose que el fallo del Tribunal se sostiene por la nulidad decretada por simulación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha tres de julio de mil novecientos treinta.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto trece de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

Por conducto de apoderado, los señores Arcesio y Vicente Satizábal demandaron al señor Adolfo Escobar para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es de la exclusiva propiedad de mis poderdantes nombrados, señores Arcesio Satizábal y Vicente Satizábal C., un lote de terreno, ubicado en el barrio del Matadero Público, de esta ciudad, en la calle 11, lote de terreno que mide doce varas de frente y cincuenta y dos (52) de fondo o centro, y que es el mismo que está alinderado así: por el Norte, con casa y terreno que fueron de José María Caicedo, hoy de sus herederos; por el Oriente, calle once al medio, con casa y terreno del señor Angel Guerrero y también con manga de los señores Guerrero & Compañía; por el Occidente, con predio de Gabriela Miranda, y por el Sur, con casa y terreno que fueron de Juan Rizo, hoy de Pablo Bonilla.

"Segunda. Que, como consecuencia de la declaratoria anterior, condene usted al señor Adolfo Escobar a que entregue a mis expresados poderdantes, señores don Arcesio Satizábal y don Vicente Satizábal C., dentro del término que determina el artículo 870 del Código Judicial, el lote de terreno mencionado y determinado en el punto anterior, y el cual lote de terreno lo retiene indebidamente el demandado, sin título alguno.

"Tercera. Que usted condene a Adolfo Escobar a que pague a mis poderdantes los frutos naturales y civiles del mencionado lote de terreno, y no solamente los percibidos, sino los que mis mandantes hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo ese predio en su poder.

"Cuarta. Que se condene al demandado al pago de las costas del juicio, si llegare hasta afrontar el debate."

Son éstos los hechos de la demanda:

"a) Ante el Juzgado de este Circuito fue ejecutado el señor Adolfo Escobar por los señores José Digno y Martín Peregrino Satizábal, en su carácter de herederos del señor Ramón Satizábal, y por una suma, unos intereses y unas costas que a éste quedó a deber el citado señor Escobar.

"b) Seguido el mencionado juicio ejecutivo por todos sus trámites correspondientes, le fueron rematados al

ejecutado, señor Adolfo Escobar, varios bienes raíces ubicados en jurisdicción de ese Municipio y en el de Jamundí.

"c) Entre los bienes que le fueron rematados y adjudicados a los ejecutantes, señores José Digno y Martín Peregrino Satizábal, figura o aparece el lote de terreno de cuya reivindicación se trata. c

"d) Aprobado que fue el remate, registrada la sentencia respectiva, el señor Juez 1º de este Circuito hizo entrega real y material a los rematadores de los bienes rematados, y entre ellos el lote de terreno cuya ubicación y linderos dejó consignados en la petición primera de esta demanda.

"e) No obstante haberles entregado el señor Juez 1º del Circuito a los señores José Digno y Martín Peregrino Satizábal el lote de terreno en cuestión, es lo cierto que el señor Adolfo Escobar ha continuado y continúa reteniéndolo sin título alguno.

"f) Dueños los señores José Digno y Martín Peregrino Satizábal del referido lote de terreno, les transmitieron a mis poderdantes el dominio sobre el aludido lote de terreno, lo que hicieron por escritura número 1193, de veintisiete de septiembre del año en curso, otorgada en la Notaría 1ª de ese Circuito; y

"g) El señor Adolfo Escobar ha retenido y retiene indebidamente el lote de terreno de que se trata, por lo cual debe ser considerado como poseedor de mala fe."

Como disposiciones fundamentales en derecho, el apoderado citó los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 962 y 964 del Código Civil.

El señor Juez 2º del Circuito de Cali admitió la demanda, la cual fue contestada por Escobar, en el sentido de rechazar la acción. Propuso también algunas excepciones perentorias.

La sentencia de primera instancia fue dictada el veintinueve de agosto de mil novecientos veintinueve, de manera acorde con las peticiones de la demanda.

Por apelación del demandado, subió el asunto al conocimiento del Tribunal Superior de Cali, quien, en sentencia de cuatro de marzo de mil novecientos treinta, confirmó la del Juez.

El señor Escobar interpuso recurso de casación por medio del memorial del nueve de abril siguiente, y el Tribunal se lo concedió, después de haber hecho avaluar la cuantía de la acción.

La Corte admite el recurso y procede a decidirlo.

El recurrente no presentó aquí demanda de casación, y por ello sólo hay que considerar las breves razones que expuso en el referido memorial.

En él alegó la primera causal, por violación de ley sustantiva, "porque a una copia de copia de una diligencia de remate, se le ha dado la calidad de documento auténtico, violando el artículo 686 en relación con el 1072, ambos del Código Judicial, según los cuales los documentos auténticos, para que hagan fe en juicio, si se presentan en copias, deben expedirse éstas de sus originales; y esta copia presentada a este juicio no ha sido sacada del original del respectivo juicio ejecutivo en que se hizo el remate, sino de una primera copia que se llevó a guardar en el protocolo. Por ese aspecto, ha habido error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que se le ha otorgado una fuerza probatoria para crear el dominio del actor, que ella jurídicamente no tiene."

Agregó el recurrente:

"El Tribunal se dedica en la sentencia a destruir un argumento que no se le ha hecho. En cambio, el argumento que se le hizo lo pasa por alto. Lo que ha sostenido la parte demandada no es propiamente que la copia protocolada no está registrada, sino que ella es copia, y que traída al juicio, es copia de copia. Y que las copias de copias no son documentos aptos para probar lo que prueba el documento, en cuanto la segunda copia no ha sido tomada del original sino de la primera copia."

Se observa:

Los reivindicadores adujeron como títulos de su dominio:

1º Una copia notarial de la diligencia de remate del inmueble a que se refiere el juicio, efectuado por José Digno Satizábal en la ejecución que éste y Martín Peregrino Satizábal siguieron contra Adolfo Escobar; y

2º La escritura número 1193, otorgada en la Notaría 1ª de Cali, el veintisiete de septiembre de mil novecientos veintiséis, en la cual aparece la venta que de aquel inmueble les hicieron los nombrados señores Satizábal.

La copia de la diligencia de remate fue expedida por el Juez y el Secretario que conocieron del juicio ejecutivo y después protocolada en la citada Notaría 1ª, según consta en el instrumento número 307, de veinticinco de abril de mil novecientos doce. La diligencia se registró debidamente.

Con arreglo al artículo 1072 del Código Judicial, la copia de la diligencia de remate de un bien raíz se equipara a una escritura pública y constituye suficiente título de propiedad a favor del rematador. Por consiguiente, si esa copia es llevada a la protocolización, en virtud del derecho que a los interesados les conceden los artículos 2606 y 2607 del Código Civil, y el Notario compulsa una copia de ella, la nueva copia se refiere, en rigor, a una escritura, pues de lo contrario, la susodicha equiparación no produciría completo efecto. Ciertamente es que por la protocolización no adquiere el documento protocolado mayor fuerza de la que originalmente tenga; pero como la copia judicialmente expedida de una diligencia de remate se reputa ante la ley como una escritura pública, es decir, posee fuerza de tal, la copia que a su turno da el Notario, una vez hecha la protocolización, ha de mirarse como de escritura pública original.

De conformidad con el artículo 686 del Código Judicial, los documentos auténticos se expedirán en copia autorizada, bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de los originales; mas de ello no se deduce que sea inválida la copia notarial aquí controvertida. Esto porque si, merced a una disposición legal expresa, la copia judicial del remate vale como escritura y puede ser incorporada en el protocolo, merced también a otra disposición de la ley, la copia que luego expida el Notario es de una escritura original, por obra de aquella ficción jurídica. Sería dable admitir que en el particular se contempla una excepción a la regla del mencionado artículo 686.

Siguese de lo expuesto que el sentenciador no incurrió en error de derecho al apreciar como prueba la copia notarial de la diligencia de remate, que impugna el recurrente, y, consecuentemente, que tampoco quebrantó el artículo 686 del Código Judicial, ni mucho menos el 1072 ibidem. El cargo, pues, no procede.

Por tanto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no es el caso

de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Se condena al recurrente en las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos treinta y uno

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Carlos, Parmenio y Florentino Rubiano establecieron juicio de deslinde entre los predios de Camancha y Los Andes, el primero de propiedad de los demandantes, y el segundo de la señora Paula Méndez de Bernal, la demandada.

Se surtió el juicio especial de deslinde, y objetada la diligencia de apeo, y convertido en ordinario el juicio especial, el Juez infirmó el deslinde, y señaló la línea divisoria entre las heredades, así:

"1º Impruébase la diligencia de deslinde y amojonamiento practicada por este Juzgado en los días veintisiete a once de marzo de mil novecientos diez y ocho, en cuya parte resolutive dice:

'El Juzgado....., acoge el dictamen de los peritos doctores Andrade y Jiménez, y en consecuencia señala como línea divisoria entre los predios de Camancha, de los demandantes, y el lote número 0, parte de la antigua hacienda denominada Los Andes, de la demandada, la que va del cerro de Capira, siguiendo por la cordillera, al río Villamizar, en el punto denominado El Volcán. El señor Juez tomó como mojones las cumbres de los cerros de Capira y El Volcán, y en el punto donde se desprende de la cordillera de que viene de Capira una cuchilla que va a dar al sitio denominado El Volcán, clavó un mojón de piedra en presencia de los testigos doctores Pablo E. Lucio, Gregorio Palacio y Faustino Avila.

'En consecuencia....., haciendo constar que ese punto de El Volcán se halla sobre la margen izquierda del río Villamizar.'

"2º Declárase que la línea que separa dichos predios (los mencionados en el punto que precede) es la recta que va de Peñanegra—punto señalado por la parte demandada, y reconocido e identificado en autos—al río Villamizar, y determinada por la punta de El Gaital, punto también reconocido e identificado en autos.

"Amojónese esta línea, y dése posesión de su finca así deslindada, a cada parte."

La demandada apeló de esta decisión, y el Tribunal de Bogotá falló:

"1º Revócase la sentencia apelada, y en su lugar se declara que la línea divisoria de los predios de La Huerta y Camancha, es la fijada por el Juez 1º del Circuito de Zipaquirá, en la diligencia practicada el once de marzo de mil novecientos diez y ocho, dentro del juicio especial que precedió a éste, o sea la siguiente:

'El Juzgado....., acoge el dictamen de los peritos doctores Andrade y Jiménez, y en consecuencia, señala como línea divisoria entre los predios de Camancha, de

los demandantes, y el lote número 0, parte de la antigua hacienda denominada Los Andes, de la demandada, la río Villamizar, en el punto denominado El Volcán. El que va del cerro de Capira, siguiendo por la cordillera, al señor Juez tomó como mojones las cumbres de los cerros de Capira y El Volcán, y en el punto donde se desprende de la cordillera que viene de Capira, una cuchilla que va a dar al sitio denominado El Volcán, clavó un mojón de piedra en presencia de los testigos doctores Pablo E. Lucio, Gregorio Palacio y Faustino Avila. En consecuencia....., haciendo constar que ese punto de El Volcán, se halla sobre la margen izquierda del río Villamizar.'

"2º En consecuencia, niégase los pedimentos principales y subsidiarios de la demanda de oposición.

"3º No es procedente en este fallo decisión alguna sobre la excepción de prescripción; y

"4º Sin costas, ni en la primera ni en la segunda instancia."

Los demandantes interpusieron recurso de casación, que se admite, a pesar de los reparos del opositor respecto de la personería del apoderado de los recurrentes, pues si bien es cierto que los actores vendieron a la señorita Sofía Rubiano la finca de Camancha, ella no se ha hecho reconocer en el juicio como cesionaria de los vendedores, y, por tanto, no se les puede negar a los demandantes el derecho de recurrir en casación, sin que se tenga que averiguar qué efectos produce el fallo en favor o en contra de la señorita Sofía Rubiano.

En los puntos marcados por el recurrente con los números 14 a 18, se limita a criticar el plano del doctor Andrade, uno de los peritos que actuaron en el juicio, porque la línea divisoria de los predios va del Alto de Capira al río Villamizar, directamente, no siendo ello así, porque de Capira a la bifurcación de la cordillera, hay alrededor de un kilómetro.

Luégo se verá que el sentenciador, para fijar esa línea no se apoyó expresamente en el plano del doctor Andrade, ni tomó en cuenta la distancia que hubiera de Capira a la bifurcación de la cordillera, sino que apoyado en los títulos, exposiciones periciales y otras pruebas accesorias, fijó la línea de Capira al río Villamizar, siguiendo por la cordillera llamada secundaria, marcada en el croquis del doctor Moncá con el número 2, sin tener en cuenta para esa determinación la distancia que hubiera de Capira a la bifurcación de la cordillera. Lo que hay que demostrar para variar la línea del Tribunal, es que por esa cordillera secundaria no se llega al río Villamizar, punto éste que en oportunidad se dilucidará.

El recurrente considera que el sentenciador incidió en error evidente de hecho, al apreciar el título número 926, de diez y siete de diciembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, pues asentó que el lindero copiado debe interpretarse de este modo:

"Siguiendo por la cordillera un kilómetro, y luégo abandonando ésta, volviendo a la izquierda por una estribación, ramal o cordillera secundaria, hasta encontrar el río Villamizar."

El sentenciador no ha sentado el concepto que le atribuye el recurrente al analizar la citada escritura, y para demostrarlo, se transcribe lo que el Tribunal dijo al hablar de ella y apreciarla como prueba:

"Tres datos suministra la escritura de que se viene hablando para hallar y precisar el lindero oriental de Camancha, pues la alinderación de ella se dio tomando

como base los puntos cardinales, límites arcifinios y la expresión de los dueños de los predios colindantes. Si con estos tres datos que da la escritura, no se precisa la línea divisoria o lindero oriental de **Camancha**, hay que convenir que la alinderación dada en tal escritura está errada, o al menos confusa u oscura, como lo sostiene el señor Juez a quo.

"Si se atiende a los términos de que se sirvieron los otorgantes al redactar los linderos sur y oriental, hay que convenir que del cerro de **Capira**, la cordillera vuelve en dirección hacia el Norte, para que así pudiera limitar **Camancha** con la cordillera primaria por su costado oriental; pero esto está contradicho con las pruebas que de manera fehaciente establecen lo contrario, y debe estimarse que la cordillera en que consiste el límite arcifinio de **Camancha**, por el lado Sur, sigue en dirección oriental, sin que jamás pueda tocarse con el río Villamizar; por consiguiente, si el lindero oriental se hace partir del cerro de **Capira** siguiendo por la cordillera, hay que interpretar esa expresión en el sentido de que ese lindero sigue por la secundaria, marcada con el número 2 en el croquis presentado por el doctor Moncó, para así darle algún sentido a las palabras de que se sirvieron los otorgantes de la escritura, y esta deducción se corrobora con la interpretación de que, de acuerdo con la escritura, el lindero sur de **Camancha** termina en el cerro de **Capira**, y el lindero oriental arranca de allí mismo, y como era imposible que los otorgantes confundieran una y otra dirección, es preciso convenir que ellos se refirieron a direcciones opuestas, y que la oriental a que se refieren, parte del cerro de **Capira** al río Villamizar.

"En otros términos: los otorgantes de la escritura novecientos veintiséis (926) hicieron girar hacia el Norte la alinderación del predio, al mencionar el punto de **Capira**; por consiguiente, si en vez de tomar como lindero al partir de ese cerro, la cordillera secundaria, se continúa la primera, como lo han entendido los demandantes, es evidente que la alinderación no giraría hacia el Norte, a pesar de lo que dijeron aquellos otorgantes, sino que seguiría hacia el Oriente, según aparece de modo evidente en el croquis Moncó. Y como tal modo de entender las cosas no sólo se quebrantan los términos empleados en la expresada escritura, sino que jamás se llegaría al río Villamizar, no obstante que los otorgantes llevaron el lindero a dicho río, siguiendo por la cordillera.

"Contribuye a demostrar la tesis anterior, la consideración de que los otorgantes expresaron con qué predios colindaba **Camancha** por el lado sur, y de acuerdo con el croquis Moncó, los terrenos de **El Naranjo** y **Chorcha**, son los únicos con los cuales limita **Camancha** por su costado sur, y que si se adopta un punto distinto del cerro de **Capira**, para desprender el límite oriental, se entra a predios distintos de los dos anteriores, no expresados en la escritura a la cual se viene haciendo referencia."

Sostiene el recurrente que el sentenciador incurrió en error evidente de hecho al apreciar las pruebas que demuestran la distancia que hay de **Capira** a la bifurcación de la cordillera. Como se ha visto y se verá, el sentenciador para nada tuvo en cuenta esa distancia para fijar la línea de demarcación que trazó del cerro de **Capira**, siguiendo por la cordillera secundaria, marcada en el plano con el número 2, hasta dar al río Villamizar.

La frase "la segunda se desprende de la primaria en el punto en donde está situado el cerro de **Capira**," no es un concepto del Tribunal, ni es prohiado por la entidad

falladora, lo copia en la sentencia como parte de la descripción que hace el doctor Moncó de la comarca donde están los predios en litigio, pero en el caso de que ese concepto fuera del sentenciador, en él no se basó el fallo, y por eso, aunque fuera erróneo, no daría margen para casar la sentencia.

Observa el recurrente que la sentencia (a folios 91 vuelto) dice que como se trata de buscar el lindero oriental de **Camancha**, a partir de **Capira**, este lindero tiene que ser la cordillera secundaria, que es la que va de Sur a Norte. En ese folio no existen las palabras que cita el recurrente. Allí lo que dice el sentenciador es:

"Tres datos suministra la escritura de que se viene hablando, para hallar y precisar el lindero oriental de **Camancha**; pues la alinderación de ella se dio tomando como base los puntos cardinales, límites arcifinios y la expresión de los dueños de los predios colindantes. Si con estos tres datos que da la escritura, no se precisa la línea divisoria o lindero oriental de **Camancha**, hay que convenir que la alinderación dada en tal escritura está errada, o al menos confusa u oscura, como lo sostiene el señor Juez a quo.

"Si se atiende a los términos de que se sirvieron los otorgantes al redactar los linderos sur y oriental, hay que convenir que del cerro de **Capira**, la cordillera vuelve en dirección hacia el Norte, para que así pudiera limitar **Camancha** con la cordillera primaria por su costado oriental; pero esto está contradicho con las pruebas que, de manera fehaciente, establecen lo contrario, y debe estimarse que la cordillera en que consiste el límite arcifinio de **Camancha**, por el lado sur, sigue en dirección oriental, sin que jamás pueda tocarse con el río Villamizar; por consiguiente, si el lindero oriental se hace partir del cerro de **Capira**, siguiendo por la cordillera, hay que interpretar esa expresión en el sentido de que ese lindero sigue por la secundaria, marcada con el número 2 en el croquis presentado por el doctor Moncó, para así darle algún sentido a las palabras de que se sirvieron los otorgantes de la escritura, y esta deducción se corrobora con la interpretación de que, de acuerdo con la escritura, el lindero sur de **Camancha** termina en el cerro de **Capira**; y el lindero oriental arranca de allí mismo, y como era imposible que los otorgantes confundieran una y otra dirección, es preciso convenir que ellos se refirieron a direcciones opuestas, y que la oriental, a que se refieren, parte del cerro de **Capira** al río Villamizar.

"En otros términos: los otorgantes de la escritura novecientos veintiséis (926) hicieron girar hacia el Norte la alinderación del predio, al mencionar el punto de **Capira**; por consiguiente, si en vez de tomar como lindero al partir de ese cerro, la cordillera secundaria, se continúa la primera, como lo han sostenido los recurrentes, es evidente que la alinderación no giraría hacia el Norte, a pesar de lo que dijeran aquellos otorgantes, sino que seguiría hacia el Oriente, según aparece de modo evidente en el croquis Moncó. Y con tal modo de entender las cosas, no sólo se quebrantan los términos empleados en la expresada escritura, sino que jamás se llegaría al río Villamizar, no obstante que los otorgantes llevaron el lindero a dicho río, siguiendo por la cordillera.

"Contribuye a demostrar la tesis anterior, la consideración de que los otorgantes expresaron con qué predios colindaba **Camancha** por el lado sur, y de acuerdo con el croquis Moncó, los terrenos de **El Naranjo** y **Chorcha**,

son los únicos con los cuales limita Camancha por su costado Sur, y que si se adopta un punto distinto del cerro de Capira para desprender el límite oriental, se entra a predios distintos de los dos anteriores no expresados en la escritura a la cual se viene haciendo referencia."

Hay que hacer notar que la sentencia no dice tampoco que de Capira al río Villamizar no se pueda ir por la cordillera, lo que la sentencia consagra es que de Capira por la cordillera secundaria se va al río Villamizar. Tampoco ha negado el sentenciador que de Capira al río Villamizar se pueda trazar una oriental distinta de M. A. B., pues bien se ha visto que el Tribunal no fijó como lindero ninguna línea de las marcadas en los croquis con mayúsculas, ni expresó concepto alguno respecto de la dirección matemática de las líneas.

Hay que demostrar de manera evidente que del cerro de Capira no se desprende cordillera ninguna que vaya al río Villamizar, si se quiere variar la alinderación del sentenciador, y aunque el recurrente dice que esa cordillera no se desprende sino un kilómetro arriba de Capira, no ha dado esa prueba directa, irrefutable, que no podía ser otra que la de inspección ocular, u otra semejante.

Ataca el recurrente la apreciación que hizo el Tribunal de los títulos de la demandada por error evidente de hecho, consistente en hacer fijar los linderos de Los Andes hasta Capira, y también en hacerlos bajar hasta la bifurcación de la cordillera principal con la secundaria.

Esto no lo ha sostenido el Tribunal. Al examinar los títulos de la demandada, se expresó así:

"En la primera de dichas escrituras, la alinderación, en lo pertinente, se expresa así: de las juntas de la quebrada grande, ésta arriba, hasta Peñanegra; de aquí, vuelve al río Villamizar; éste, arriba, a dar a una loma que está junto al cerro pelado."

Esta escritura, se da solamente parte de la alinderación occidental de la huerta: pues en ella no se expresa que el predio vendido pasa más allá del río Villamizar.

"La segunda:

"..... desde el punto donde se unen dos quebradas denominadas Quebradablanca y Quebradagrande, todo el cauce arriba hasta los Volcanes Negros; de aquí, por la cordillera arriba, a dar al encenillo grande, y de éste, a dar a Peñanegra, lindando en este lado con tierras denominadas Chorchá, de propiedad de los herederos de Roque Gómez; de Peñanegra sigue en línea recta a dar al río Villamizar; río arriba, hasta El Salto....."

"Esta otra alinderación tampoco es completa por el lado occidental, porque lo vendido tan sólo comprendió hasta el río Villamizar, y, por lo mismo, si se atiende al texto de estas dos escrituras, no habría base alguna para determinar cuál es el punto del río Villamizar en donde debe terminar el lindero occidental de la huerta, arrancándolo desde Peñanegra; porque una línea recta puede trazarse en distintas direcciones.

"En cambio, la alinderación dada en la tercera escritura, en la parte occidental de la huerta, si es completa, y debe tenerse en cuenta toda ella, para saber cuál es el punto del río Villamizar adonde debiera ir a terminar el lindero occidental de la huerta, si se hace derivar o principiar de la Peñanegra. El texto de esta alinderación es como sigue:

"..... de las juntas de la Quebradablanca y Quebradagrande; de aquí, al alto de Los Volcanes; de aquí, a dar a una Peñanegra; de aquí, a dar al río Villamizar y Camancha, deslindando con tierras de Alejo Galindo y con terreno de Gasparón y toma de Sarbe....."

"De acuerdo con la parte transcrita, para determinar el punto del río Villamizar, en donde debe ir a terminar la alinderación de la huerta con Camancha, debe investigarse, hasta dónde alcanza el predio de Camancha, situado en la ribera derecha del río, con el cual deslindaba la finca de los demandantes en el año de mil ochocientos ochenta y cuatro (1884), según la escritura hecha por Alejo Galindo al doctor Paúl, cuál la extensión de las Gasparón y toma de Sarbe; porque solamente averiguando la extensión de esos predios, con los cuales deslindaba la huerta en el año de mil ochocientos setenta y cinco, podría determinarse el punto del río Villamizar, al cual se refieren las escrituras anteriores.

"No puede aceptarse que para determinar el punto del río Villamizar, adonde vaya a terminar el lindero occidental de la huerta con la actual Camancha, sea el que resulte de la intersección de la línea que se pueda trazar, uniendo los dos puntos de Peñanegra y El Gaital, porque este último sitio se indica en la escritura comentada, como un punto enteramente distinto del de la terminación de la colindancia con los terrenos de Alejo Galindo, Camancha, Gasparón y toma de Sarbe, porque no hay base alguna, según la escritura comentada, para determinar la posición en el terreno del lindero oriental, de los predios de la antigua Camancha, Gasparón, toma de Sarbe y el Pedro Gómez, por todos los cuales pasa la línea; y no conociendo esa posición, por lo cual no se puede decir que los linderos orientales de esos predios se hallen en línea recta, es arbitrario tomar como línea determinante del punto del río Villamizar, en donde debe terminar la línea divisoria de los dos predios, una línea recta y trazada precisamente en la dirección del alto del Gaital. En otros términos: para que la línea acogida en la sentencia de primera instancia se acomodara a los títulos de La Huerta, sería preciso que al occidente de esa línea, tocando con ella, se encontraran las tierras de Gasparón, toma de Sarbe y Pedro Gómez, o que, si no llegaban hasta esa línea, pero si quedaban al Occidente o pasaban al Oriente, se dijera en los títulos de la huerta que del punto en que la línea divisoria corta el río Villamizar se seguía por éste, aguas abajo, hasta encontrar aquellas tierras, o aguas arriba, hasta donde ellas terminaran, lo que no sucede.

"Resumiendo lo anterior, se tiene: el punto de Peñanegra, así nombrado en las tres escrituras, que dan fe de la tradición de la huerta hasta el año de mil ochocientos setenta y cinco, y que fue como tal reconocido en este mismo año por el señor Juez del Circuito de Ubaté, y más tarde, en el año de mil novecientos catorce (1914), por el 2º del Circuito de Zipaquirá, es indiscutible que tiene esa denominación, y constituye la terminación del límite sur del predio de la huerta con el de María Álvarez, hoy La Florida, y según el concepto del Juez que intervino en el juicio de deslinde, y que dio lugar al presente juicio ordinario, ese punto de Peñanegra tan sólo puede tomarse como un dato de la colindancia por el lado occidental de la misma, y se atiende al dictamen pericial rendido en esta segunda instancia, el sitio de Peñanegra contribuye a demostrar que la línea señalada en el juicio especial es verdadera, porque si se prolonga la secundaria número 2, hacia el Sur, esa prolongación pasaría por Peñanegra."

Ahora, que esas alinderaciones sean o nó fragmentarias, es cosa que no tiene importancia, porque la línea que se trata de fijar es la oriental de **Camancha** y occidental de **Los Andes** o **La Huerta**, y eso sí lo traen los títulos de la demandada.

Tacha el recurrente la sentencia por error evidente de hecho al asentar: "... y si se atiende al dictamen pericial rendido en esta segunda instancia, el sitio de **Peñanegra** contribuye a demostrar que la línea señalada en el juicio especial es verdadera, porque si se prolonga la secundaria número 2, hacia el Sur, esa prolongación pasaría por **Peñanegra**..."; y para convencerse de ese error, basta, dice el recurrente, ver en dónde colocaron en los croquis, el Juez, el doctor Andrade y el doctor Moncó los puntos de **Capira**, la bifurcación y **Peñanegra**.

Se responde:

El sentenciador, para fijar la línea del deslinde, no se atuvo a los planos del doctor Andrade ni del doctor Moncó. Estudió los títulos de los litigantes, y de su examen concluyó que la línea fijada por el Juez en el juicio especial era la del deslinde entre los predios.

Por otra parte, hay que demostrar que de **Capira**, por la secundaria, para llegar al río Villamizar, no se pasa por **Peñanegra**, y que esa línea se interna en el **Remanso**, predio extraño al deslinde.

Tacha el recurrente la sentencia por error de hecho y de derecho, al apreciar la escritura número 708, de veintitrés de noviembre de mil ochocientos noventa y uno, por la cual Aurelio Bernal le vende a Fortunato del mismo apellido el terreno denominado **Chorcha**.

Consiste el error de hecho en sostener el Tribunal que por esa escritura adquirió mayor terreno que el comprendido en las escrituras anteriores, y el de derecho, al preferir esta escritura a los títulos anteriores de la demandada y de los demandantes.

El Tribunal no consideró esta escritura como prueba principal; la tomó como secundaria, y dijo que ella armonizaba con las escrituras examinadas. Ella era un refuerzo a la argumentación del sentenciador. Así se expresa la sentencia al respecto:

"El texto de esta escritura, en cuanto a los linderos, es el siguiente:

'Desde el nacimiento de la quebrada de **La Puntazuelas**, aguas abajo, al río del Salto; éste, aguas abajo, a dar a la **Peñanegra** (sic); ésta, por todo su escarpado, arriba a dar a la cuchilla de Pedro Gómez; toda ésta, abajo, a dar al cerro más alto, lindando con terrenos de Agustín Gómez y Juan Gualteros; este cerro, abajo, a dar con terrenos de **Gasparón**, lindando con terrenos de **Alarcones**; de aquí, a dar a un volcán, deslindando con terrenos del señor Felipe Paúl; de aquí, a dar a las juntas de la quebrada de **Chorcha**; de aquí, a dar a la cuchilla, cordillera arriba, deslindando con terrenos de **Silvas**, toda la cuchilla arriba, deslindando con terrenos de herederos del señor Lucrecio Salcedo; volviendo por toda la cordillera, deslindando con terrenos de **Sabanagrande**, al primer lindero.'

"El Juez de primera instancia combate la alinderación dada en esta escritura, por dos razones: porque el volcán de que allí se habla no es un punto definido, que se hubiera llamado con nombre propio, sino un lugar en donde había tierras rodadas. Pero olvidó el señor Juez que lo que aquí se busca es el sitio al cual se refiere la escritura, así sea que esa denominación se le hubiera dado al lugar en donde en ese tiempo hubieran (sic)

tierras rodadas o volcadas, o un punto conocido con tal nombre propio. Nada se agrega ni se quita con que el nombre del sitio de **El Volcán** sea propio o común; lo esencial era investigar el lugar en donde estuviera situado. Agrega el mismo Juez que el sitio de **El Volcán** no puede quedar situado en la ribera izquierda del río Villamizar, porque como la escritura dice, lindando con terrenos de Felipe Paúl, esa acción, indicada por la palabra **deslindando**, establece anterioridad a la enunciación del sitio de **El Volcán**, y como éste queda, según los datos existentes en el expediente, junto al río Villamizar, en su ribera izquierda, era indispensable admitir que las tierras de Paúl quedaban situadas en la banda opuesta del río, para así darle significado a la expresión **deslindando**. Pero esta argumentación no la acepta la Sala, porque los otorgantes de esa escritura, al emplear el gerundio **deslindando**, quisieron indicar una relación de coexistencia, y no de anterioridad, lo que se explica si se atiende al contexto de la alinderación dada en la escritura, en donde se valen de las expresiones iguales en relación con los puntos indicados en ella misma como límites de la finca circunscrita. Agrega, además, que al unir los puntos de **Peña Bramadora** o **El Volcán**, que fue señalado en el cual deslinde con las juntas (sic) de la quebrada grande o de **La Huerta**, invadiría terrenos que nunca han sido de Bernal, y resultaría una incoherencia con los títulos traídos a los autos con relación a los predios que fueron de Fortunato Bernal. Pero este argumento se funda en dos supuestos no demostrados en forma alguna, que consisten; el uno en que el punto llamado las juntas de la quebrada de **Chorcha**, es el mismo punto de las juntas de la quebrada grande con la de **La Huerta**, como lo sostuvo el representante de la parte demandada en las diligencias de diez y ocho de octubre de mil novecientos diez y seis, sin que se sepa por qué razón hizo esa afirmación en contradicción con lo que consta en la escritura de que se trata; y el otro, que la línea que sale de **El Volcán** a las juntas de la quebrada de **Chorcha**, es recta, lo que en ninguna parte está dicho.

"De acuerdo con la alinderación dada en esta escritura, el lindero oriental de **La Huerta** es éste: desde los terrenos de **Alarcones**, llamados **Gasparón**, a dar a un volcán, lindando con terrenos de Felipe F. Paúl, y de aquí, a dar a las juntas de la quebrada de **Chorcha**; pero aunque no da ningún dato que sirva de base para determinar cuál es el punto de **El Volcán** a que se refiere, si dice que tal línea debe pasar por dicho punto indefectiblemente, y entonces la determinación del lindero, conforme a este título, a lo menos en parte, queda reducido a la identificación del punto de **El Volcán**, en el terreno.

De todo lo anterior resulta que de los títulos de **La Huerta** no se desprende, de manera indudable, cuál es el lindero occidental de ésta en relación con la finca de **Camancha**, y como ya se expresó, los linderos de ésta si son absolutamente claros en su costado oriental, es de rigor concluir que el lindero occidental de **La Huerta** o del lote número 0, perteneciente a la señora Paula Méndez de Bernal, es el señalado por el Juzgado en el juicio especial."

Se ve, pues, que este título no fue el único fundamento del sentenciador para fijar la línea del deslinde.

Sostiene que el Tribunal incidió en error de hecho al apreciar las pruebas enumeradas en el número 34 del alegato de casación, especialmente las señaladas con las letras C y D, y en la apreciación de las inspecciones oculares, consistente dicho error en hacer bajar de **Peñanegra**, para abajo, o sea hacia el occidente, los linderos de **Los Andes**.

La prueba marcada con la letra C es la manifestación del apoderado de la demandada, que manifestó en una de las diligencias del deslinde, que el título 708 está equivocado, y que en donde dice: "de aquí a dar a las juntas de la quebrada Chorchá," debe leerse: "de aquí a dar a las juntas de la quebrada grande o de La Huerta."

Esta confesión no es un hecho propio del confesante, ni ella, en ningún caso, podría ir contra lo que consta en la escritura pública donde las partes consignaron los linderos, de suerte que hizo bien el fallador en no tener en cuenta esa confesión como prueba directa.

Lo marcado con la letra D no es una prueba, es un razonamiento del recurrente para demostrar la sinrazón del Tribunal al fijar la línea, tal como la señaló.

No es exacta la afirmación del recurrente de que el sentenciador haya dado a la expresión del título 708, a "dar a un volcán," esta interpretación, a "dar al sitio denominado El Volcán, en que termina la cordillera secundaria número 2." Atrás se transcribió el concepto del juzgador acerca de ese título, y allí no se encuentra el concepto que anota el recurrente.

Ahora, si de los títulos de La Huerta no se desprende con claridad cuáles son los linderos de este predio con Camancha por el Occidente, está bien que el sentenciador acoja los lindes señalados en los títulos de Camancha, que en nada se contradicen con los de La Huerta.

En ninguna parte del fallo se desprende la conclusión de que el Tribunal haya preferido las declaraciones de testigos a las pruebas escriturarias. Analizó esas declaraciones, y las rechazó, por estar en contradicción con los títulos de las fincas.

El sentenciador no ha apreciado la carta del señor Dionisio Aráoz como prueba directa. La consideró como mero indicio, que servía para reforzar el concepto de que el cerro de Capira se ha tenido como límite de la finca de Camancha.

Dice al respecto el fallador:

"Esta carta que procede, como se ha dicho, del cónyuge de una de las herederas del doctor Paúl, está diciendo que se ha tomado como límite preciso de la finca de Camancha el cerro de Capira, y que el rincón a que se refiere, es el comprendido en el ángulo que se forma de la línea por el Sur y termina en el cerro de Capira, y la que vuelve, en dirección hacia el Norte."

Esta es la estimación que hace el sentenciador de las declaraciones a que se refiere el recurrente en el número 43 de su alegato:

"De lo afirmado por estos testigos se desprende que hace mucho tiempo se reconoce el punto de El Volcán, situado a la orilla del río Villamizar; y que el lindero que se ha mantenido como tal entre las fincas de Camancha y La Huerta, es la derivación de la cordillera primaria, llamada en el croquis Moncón (sic) con el nombre de secundaria número 2; que el río Villamizar no toma este nombre sino desde el punto en donde recibe la quebrada de El Carare, y que en el trayecto anterior se le conoce con el nombre de quebrada de El Gaital; y los testigos Manuel Sánchez y Felipe Malaver se refieren a esta cuestión en los siguientes términos:

"El primero:

"Me consta, por el conocimiento personal que del terreno tengo, conocimiento de más de cuarenta años, que la corriente de agua que viene de Oriente a Occidente, desde la unión de las quebradas Seca y de El Gaital hasta llegar a recibir la quebrada de El Carare, se llama en ese trayecto quebrada de El Gaital, derivando su nom-

bre de la cordillera denominada con el mismo nombre, y que cierra en el punto de El Volcán, quebrada de por medio."

Esta prueba no la ha tenido en cuenta el sentenciador como si fuera la única, ni como prueba directa. Es una prueba colateral para reforzar la derivada de los títulos de propiedad de las fincas deslindadas.

Considera el recurrente error de hecho al apreciar la manifestación de Carlos Rubiano, al declarar que el punto de El Volcán que da sobre el río Villamizar, y es la extremidad norte de la terminación de la cordillera que se desprende de Capira.

Esa manifestación no se tomó como prueba única para fijar la línea. La invoca el sentenciador para reafirmar su opinión acerca del lindero oriental de Camancha y el occidental de La Huerta, y al respecto se expresa así:

"Prescindiendo de la finalidad que se buscara al iniciarse ese juicio ejecutivo, que el Tribunal no entra a investigar en ninguna forma, se tiene que Carlos E. Rubiano, ejecutado en este juicio, reconoce el punto de El Volcán, sobre el río Villamizar, como extremidad norte de la terminación de la cordillera que se desprende de Capira, o sea la misma secundaria de que hablan los peritos que intervinieron en la inspección ocular practicada por el Tribunal; y como este reconocimiento tuvo lugar después de la sentencia del juicio especial en que se fijó el punto de El Volcán como término del lindero oriental de Camancha, se sigue como consecuencia que, según uno de los demandantes, la línea señalada en la sentencia apelada no es aceptable, puesto que no pasa por el punto de El Volcán."

Cometióse, a juicio del recurrente, error de hecho al apreciar la inspección ocular, practicada a la Notaría, sobre la escritura número 926, de diez y siete de diciembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, consistente en que la supresión que allí se hizo de determinada frase, no puede modificar el lindero oriental, porque esa inspección no se refirió al lindero oriental.

No ha dicho el sentenciador que la inspección varíe el lindero oriental. Dijo que esa inspección indicaba que el lindero sur de Camancha terminaba en el cerro de Capira, sin pasar de allí.

Oigase el concepto del Tribunal:

"Con la inspección ocular practicada por la Sala en el protocolo de la Notaría 1ª de esta ciudad, se acreditó que los otorgantes de la escritura número novecientos veintiséis (926), de diez y siete (17) de diciembre de mil ochocientos ochenta y cuatro (1884), testaron las siguientes palabras: 'siguiendo por la cordillera,' puestas al terminar la redacción del lindero sur de Camancha, con lo cual quisieron indicar, de manera muy clara, que este lindero terminaba en el cerro de Capira, sin que pasara, por ningún motivo, de este punto. Luego los terrenos de Camancha no se extienden más allá del mencionado cerro. Siendo éste otro argumento en favor de la línea señalada en el juicio especial."

Si el título de los Rubianos está modificado en el protocolo, es natural que el sentenciador se hubiera atendido a éste y no a las copias expedidas, a menos que se hubiera demostrado que el título originario había sido adulterado con la interpolación de esa frase después de expedidas las copias, prueba ausente del proceso.

Se repite: el sentenciador no tomó como prueba directa, para fijar la línea divisoria entre Camancha y La Huerta, el deslinde habido entre La Huerta y Chorchá.

El sirvió para reforzar la argumentación del sentenciador.

Cree el recurrente que el Tribunal cometió error de hecho al no tener en cuenta la diligencia de deslinde de los predios de La Huerta, Amparo, Guayacán y Chorchá.

Esa diligencia no perjudicaría a los dueños de Camancha. Así lo estimó el mismo recurrente con la diligencia de deslinde entre La Huerta y Chorchá, y consideró que el Tribunal había incidido en error al apreciarla, y ahora lo acusa por no apreciar otra diligencia de deslinde entre predios distintos. Hay, al parecer, cierta inconsecuencia en las acusaciones; una de esas diligencias debe apreciarse y la otra no, siendo ambas diligencias relativas a predios distintos del de Camancha.

Ha considerado el Tribunal que la corriente de agua conocida con el nombre de río Villamizar no toma este nombre sino desde el punto donde recibe la quebrada de El Carare; apreciación ésta que no ha sido contradicha, y no se ha demostrado que al hacerla hubiera errado el sentenciador.

Se ha fundado el sentenciador en el concepto de los peritos, y aunque esos conceptos han sido atacados, no se ha logrado demostrar que ellos estén equivocados.

Conviene, pues, para reforzar este fallo, transcribirlos:

"Respuesta del cuestionario.

"Al primer punto:

"El texto del lindero sur de Camancha, sacado de la escritura citada número 926 de mil ochocientos ochenta y cuatro, es como sigue:

'Por el Sur, del alto de Portachuelo, siguiendo la cordillera, al cerro de Capira, que es el punto más alto.'

"Y para especificar colindancias, más adelante se dice:

'Por el Sur, con terrenos de El Naranjo, pertenecientes a Jerónimo Fandiño y Laura e Ildefonso Guzmán, y con terrenos de Chorchá, pertenecientes al vendedor (Alejo Galindo).'

"Según este texto, e identificados como han quedado los cerros de Capira y Portachuelo, la definición dada en el texto para expresar la amplitud del costado sur de Camancha es absolutamente geométrica y axiomática, y no es otra que la que media entre estos dos puntos, siguiendo las sinuosidades de la cordillera. Y tanto es así, que sobra o están por demás las especificaciones de colindancias, muy importantes sí, para la interpretación del costado oriental."

"Al segundo punto:

"Para que el costado oriental de Camancha pueda llamarse tal, es consecuencialmente forzoso que la orientación de ese costado sea sur-norte.

"La altura absoluta de Capira con relación a algún plano de comparación, como, por ejemplo, al nivel de los mares, no se tomó, porque no había para qué; pero sí puedo decir y afirmar, porque lo comprobé, que la cúspide de Capira está por encima de cualquier punto del lindero sur, y que, además, como punto final que es de este lindero, es, o debe ser, vértice o intersección de dos linderos (el sur y el oriental), desde luego que fue escogido como término del primero (sur), y como principio del segundo (oriental)."

"Al tercer punto:

"Las corrientes de agua permanentes que forman el caudal del río Villamizar (en sus cabeceras), son mu-

chas, incluyendo arroyos y manantiales, que no comprobé, pero sí puedo citar las principalísimas, que son: la quebrada de El Gaital, la Quebradaseca y la quebrada de El Carare. Por lo demás, ya dije en el anterior capítulo que la técnica no tiene definidos los ríos por la cuantía de su caudal; que esto es puramente convencional."

"Al cuarto punto:

"La línea determinada por el Juez, doctor Mantilla, como costado oriental de Camancha, no la recorri íntegramente, porque no lo juzgué necesario, para poder comprobar, como efectivamente comprobé, estando todos parados en el mojón de arranque en la cordillera a la cual pertenece Capira, que su dirección magnética u orientación es rigurosamente la sur-norte, y, por lo tanto, es de rigor concluir que llena ampliamente la condición requerida para poder ser considerada como lindero oriental de una finca."

"Al quinto punto:

"La línea Gómez no muere o termina en el río Villamizar, sino en una corriente afluente del río Villamizar, que se demostró ser conocida con el nombre de Quebrada de El Gaital."

"Al sexto punto:

"La línea Gómez arranca en el punto de Peñanegra, que es más alto que Capira, y, por consiguiente, más alto que cualquiera otro de los de Camancha, en su lindero sur; y no va a morir en el punto llamado El Volcán o Volcán Amarillo, en el río Villamizar. El punto en donde esta línea muere, no tiene característica ninguna, y sólo puede saberse su término, determinando la intersección de la línea recta que une a Peñanegra y el cerro de El Gaital con la corriente de agua conocida con el nombre de Quebrada de El Gaital. Así lo definió y trazó el doctor Gómez."

"Al séptimo punto:

"Es evidente, desde todo punto de vista, que al ser aceptada la línea Gómez, la parte del lote número 0, o sea la que se extiende por sobre la cordillera de El Gaital al otro lado de la quebrada de este nombre, vendría a quedar aislada o desligada del resto del lote número 0, o como formando un lote aparte."

Tales son las conclusiones a que llegó el perito doctor Agustino Moñco, y los otros dos peritos se hallan de acuerdo con el anterior, como se verá en la transcripción siguiente:

"Primera. La amplitud de la colindancia sur de Camancha es, y no puede ser otra, que el espacio que mide entre Portachuelo y el alto de Capira.

"Como resultado del estudio técnico que hicimos, la colindancia de Camancha, por el costado sur, es con las fincas El Naranjo hasta la quebrada de El Naranjo, y Chorchá, advirtiendo que esta última finca avanza algo más hacia el Oriente respecto del cerro de Capira.

"Segunda. Indudablemente el lindero oriental de una finca debe llevar dirección meridional-septentrional, es decir, que se dirija de la región sur de ella a la región norte, sin que puedan o deban tomarse dichos puntos cardinales como rigor matemático; pero sí podemos asegurar que la secundaria número 2 del croquis lleva dirección rigurosa hacia el Norte, y muere en el sitio conocido con el nombre de El Volcán, en el río Villamizar, es decir, que va con una dirección azimutal magné-

tica de trescientos sesenta (360°) grados (sic) sexagesimales.

"En lo tocante a la altura de Capira, por comprobación que se hizo en el terreno por medio de un nivel adecuado, podemos afirmar que es el punto más alto del lindero sur de Camancha; ahora, la intersección del lindero sur y el lindero oriental de Camancha es el cerro de Capira, porque allí termina el lindero sur y comienza el lindero oriental de la misma finca de Camancha.

"Tercera. De todas las corrientes de agua que forman lo que en la región norte de los predios en litigio se llama río, es natural suponer que a la única que puede darse ese nombre es a la que ocupa el talweg de la hoya hidrográfica de mayor capacidad, y como a esa hoya confluyen todas las vertientes de Camancha, El Marne, El Gaital, región de Quebradaseca, El Carare, etc., es, desde el punto de concurrencia de todas ellas, en donde principia indiscutiblemente a llamarse río, abandonando todos y cada uno de los nombres de sus afluentes, y ese punto es el inmediato a la confluencia de El Carare (sic) y conocido con el nombre de El Volcán.

"Cuarta. Esta pregunta ya queda contestada ampliamente con el dictamen a que nos adherimos, y tan sólo dejamos constancia de las direcciones azimutales magnéticas que figuran en el croquis.

"Quinta. La línea trazada por el señor Juez Gómez no muere en el río Villamizar, sino en la corriente llamada Quebrada de El Gaital. Esta línea va de Occidente a Oriente, luego no puede ser lindero oriental. El punto de partida de la línea es Peñanegra, que no es lindero limítrofe entre los predios de Camancha y lote número 0; en tanto que Capira sí es punto limítrofe para ambas fincas, según los títulos de mil ochocientos ochenta y cuatro y la hijuela de la señora Paula Méndez de Bernal. Por último, Peñanegra está separada de la cordillera primaria, y entre la primaria y Peñanegra existe una hoya o cañadas que son predios de terceros en este litigio (La Florida), que dan aguas para la quebrada de La Huerta o Grande, y jamás dan aguas para la quebrada de El Gaital ni para el río Villamizar."

"Sexta. La línea Gómez parte de Peñanegra, que es punto más alto que el cerro de Capira, y no cumple con la condición de seguir una cordillera, estribación, ni colinas; no va a morir en El Volcán, lo que puede verse perfectamente en el croquis.

"Como última razón decimos: para poder cerrar el contorno poligonal de las aspiraciones de la parte demandante, siguiendo una cordillera para ir de Capira al río Villamizar, no puede aceptarse el descenso por el grupo de colinas que llamamos en el croquis secundaria número 3, porque se llegaría a dividir terrenos del lote número 2, de la señorita Zoila Bernal, y del lote número 4, hoy de propiedad del señor Rubén Flórez, y no se llegaría jamás al río Villamizar sino a la quebrada de El Gaital.

"Para terminar, señores Magistrados, tan sólo repetimos, de común acuerdo con el perito de los demandantes: la línea señalada en el croquis con el nombre de secundaria número 2, es la mejor que cumple las condiciones de ser lindero oriental de Camancha y occidental de El Marne.

"Presentamos el croquis levantado sobre el terreno, el que se halla firmado por todos los peritos."

Como no han prosperado los diversos errores de hecho alegados por el recurrente, la violación de los artículos señalados como quebrantados a causa de esos errores, tampoco puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha treinta de agosto de mil novecientos veintinueve.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto veinte de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Jiménez).

Vistos:

En escrito fechado en Yarumal el 7 de abril de 1926 y dirigido al Juez 1° de ese Circuito, Juan de Jesús Correa T. expuso lo siguiente:

"1° Los señores Marco A. Correa y Bárbara Múnera contrajeron matrimonio entre sí, conforme a los ritos de la Religión Católica, en la iglesia parroquial de esta ciudad, el 30 de mayo de 1910, como lo demuestra la copia de la partida adjunta.

"2° Ese matrimonio estableció su hogar en este Municipio, en la finca denominada Santa Juana, la cual dista unos cuatro kilómetros de esta ciudad.

"3° En tal matrimonio no hubo descendencia de ninguna clase; pero los citados esposos Correa y Múnera, fingieron un parto de ésta, en la casa de la finca expresada, en uno de los días del mes de septiembre o del de octubre de mil novecientos diez y seis, y de ese parto supusieron nacido un hijo, a quien llaman José Marcos Correa, hijo de una mujer soltera, quien para ocultar su vergüenza, le entregó ese niño en esta ciudad a doña Ana Joaquina Gómez.

"4° La citada señora Gómez hizo bautizar a dicho niño como expósito, con el nombre de José María, en la iglesia parroquial de esta ciudad, el nueve de agosto de mil novecientos diez y seis, según lo indica la copia de la partida acompañada, y transcurridos algunos días lo entregó a mi hermano legítimo Marco A. Correa, ya expresado, para que éste y su esposa Bárbara Múnera, que eran ricos y no tenían hijos, atendieran a la crianza de él.

"5° Una vez el niño indicado en poder de los esposos Correa y Múnera, éstos lo hicieron bautizar nuevamente, en la casa de la finca mencionada, con el nombre de José Marcos, haciéndolo figurar como hijo de ellos, según se ve en la copia de la partida que presento.

"6° El niño a que me refiero fue entregado por su verdadera madre a la señora Gómez, ya nombrada. Esta misma señora Gómez le sirvió de madrina en el primer bautizo. La misma señora Gómez lo entregó al esposo Correa, para que éste y su esposa señora Múnera, lo criaran. Un hijo de la misma señora Gómez, don Ricardo Correa Gómez, sirvió de padrino del niño en el segundo bautizo. En el primer bautizo, cuando se le hizo aparecer como niño expósito, se le puso el nombre de José María, y en el segundo bautizo, cuando se quiso hacerlo aparecer como hijo de los esposos Correa y Mú-

nera, se le dio el nombre de José Marcos, es decir, en ambos bautizos se le dio el nombre de José. Nótese, además, que en la partida del segundo bautizo no se atrevieron a afirmar la falsedad de que el niño era hijo legítimo de dichos esposos, pues sólo se dijo, falsamente también, de que era hijo de éstos, sin agregarle el vocablo legítimo, a pesar de que este vocablo no se omite en ninguna partida de bautizo de hijos legítimos, atendiendo, sin duda, a alguna regla canónica. Además, la opinión pública de esta ciudad, perfectamente orientada en el asunto a que me refiero, ha sostenido siempre, desde que la señora Múnera fingió el parto indicado en esta demanda, que el referido niño José Marcos, impúber hoy, no es hijo de la señora Múnera, sino de una mujer soltera que residía y reside en esta ciudad, y de ello no tiene duda nadie.

"7" La señora Gómez, finada ya, era una matrona respetable, virtuosa, caritativa y desempeñaba en esta ciudad el oficio de comadrona. Al ejecutar los hechos de que he hablado, obró bajo la impresión de ejecutar una obra caritativa, tal como ella lo entendía.

"8" En esta ciudad es generalmente sabido y conocido el nombre de la verdadera madre del niño a que me refiero; pero juzgo innecesario decirlo en este memorial, porque la acción no tiende a demostrar cuál es la verdadera madre de ese niño, sino que la señora Múnera no era la verdadera madre de él. Si fuere preciso, no habrá tampoco inconveniente en decirlo.

"9" La expresada señora Múnera, según la copia de la partida de defunción acompañada, murió bajo disposición testamentaria en este Municipio, el tres o cuatro de junio de mil novecientos veintitrés. De ella se siguió el respectivo juicio de sucesión, y sus bienes fueron distribuidos como ella lo ordenó en su testamento. La maternidad putativa de la señora Múnera, respecto al citado impúber, llamado José Marcos Correa, no fue impugnada entonces por los hermanos legítimos del referido Marco A. Correa; porque no nos perjudicaba en esa sucesión, toda vez que no heredábamos en ninguna forma en dicha mortuoria. En la sucesión de la señora Múnera, que fue testada, le correspondió a dicho impúber una cuantiosa fortuna, y ahora se pretende que se le adjudique también, en virtud de las maniobras que alguien viene ejecutando desde hace algún tiempo, lo que dejó al morir mi hermano legítimo Marco A. Correa, adjudicación que sería a todas luces contraria a la ley, a la justicia y a la razón, dadas las circunstancias que concurren y la espantosa miseria en que nos hallamos los verdaderos herederos de mi citado hermano.

"10. El mencionado Marco A. Correa murió intestado en esta ciudad, el veintidós de febrero último, y como no dejó cónyuge sobreviviente, ni ascendientes ni descendientes de ninguna clase, usted declaró como herederos de dicho Correa a los hermanos legítimos de éste. En el juicio de sucesión que varios de tales hermanos instauramos, en armonía con el inciso 3º del artículo 1047 del Código Civil, y teniendo en cuenta su competencia para conocer de ese juicio tanto por razón de la cuantía como porque este Municipio fue el domicilio de Correa desde que contrajo matrimonio con la señora Múnera, y en él dejó la mayor parte de sus bienes.

"Después revocó usted la declaratoria de herederos hecha a favor de los hermanos legítimos de Marco A. Correa, y en su lugar reconoció como único y universal heredero, con exclusión de todos los demás, al referido

impúber, que llaman José Marcos Correa, considerando a éste como hijo legítimo, sin serlo, de los supradichos Marco A. Correa y Bárbara Múnera.

"12. La maternidad putativa de la señora Múnera, por los motivos expresados, si nos perjudica grave y actualmente en nuestros derechos sobre la sucesión abintestato del indicado Marco A. Correa, y por lo mismo entablamos esta acción para impugnar esa maternidad por falso parto, ya que el citado impúber, llamado José Marcos Correa, no es hijo de Bárbara Múnera, y no siéndolo, tampoco puede considerarse como hijo legítimo de ésta y Marco A. Correa y mucho menos heredero del último, sucediendo, por consiguiente, que la herencia pertenece a los hermanos legítimos de dicho finado Correa, porque éste no dejó cónyuge supérstite, ni ascendientes ni descendientes de ninguna clase.

"13. Para establecer esta acción, uso del derecho y del término que me concede el artículo 337 del Código Civil, comentado por el doctor Fernando Vélez, en su obra de Derecho, así: 'Si el padre y la madre supuestos no fallecen a un tiempo, los sesenta días con la ampliación de los dos años comenzarán a contarse desde el fallecimiento del padre o de la madre, en la sucesión del cual tenga interés el tercero. Por ejemplo: fallece el supuesto padre. Si al tercero no le perjudica la maternidad putativa en la sucesión de él, no comienzan a correr los sesenta días. Fallece después la supuesta madre: si en la sucesión de ésta le perjudica actualmente dicha maternidad, comenzarán a correr los sesenta días desde que el tercero sepa el fallecimiento de la supuesta madre.' Esto y lo expuesto antes explican los motivos por los cuales no se estableció la presente acción a la muerte de la señora Múnera, sino ahora, a la muerte de mi citado hermano.

"En atención a lo expuesto, yo, Juan de Jesús Correa T., de las condiciones civiles indicadas, demando al impúber llamado José Marcos Correa, natural y vecino de Yarumal, en juicio ordinario sobre impugnación de la maternidad de Bárbara Múnera, respecto a dicho impúber, para que con las debidas citación y audiencia, se declare en sentencia definitiva:

"a) Que es falsa la maternidad de Bárbara Múnera, respecto del citado José Marcos Correa, porque fue o es falso o fingido el parto del cual se supuso nacido al referido José Marcos Correa.

"b) Que el mencionado José Marcos Correa no es hijo de la indicada Bárbara Múnera.

"c) Que dicho José Marcos Correa no es hijo legítimo de los expresados Marco A. Correa y Bárbara Múnera.

"ch) Que el aludido José Marcos Correa no es heredero abintestato del mencionado Marco A. Correa; y que, por lo mismo, no tiene ningún derecho a los bienes de la sucesión abintestato de éste, con el carácter de heredero.

"d) Que como el citado Marco A. Correa no dejó cónyuge superviviente, ni ascendientes ni descendientes legítimos, ni hijos naturales reconocidos, los bienes de la sucesión, o toda la herencia de dicho Marco A. Correa, pertenecen al suscrito demandante Juan de Jesús Correa T., en su carácter de hermano legítimo del indicado Marco A. Correa, o a los hermanos legítimos de éste, señores Juan de Jesús, Victoriano de Jesús, Balvanera, María Josefa, Abraham Melquiades y Ana Joaquina Correa Tábaros, hechas las deducciones que, conforme al artículo 1016 del Código Civil, correspondan.

e) Que el infrascrito demandante Juan de Jesús Correa T., como heredero legítimo del citado Marco A. Correa, o todos los hermanos legítimos de éste, ya mencionados, tienen mejor derecho que el supradicho impúber llamado José Marcos Correa, a la sucesión o herencia del referido Marcos Correa.

f) Que el suscrito demandante Juan de Jesús Correa T., como hermano legítimo del indicado Marco A. Correa, o los citados hermanos legítimos de éste, es el sucesor o son los sucesores de los bienes que dejó al morir el antedicho Marco A. Correa, cuya herencia deben llevarla todos los referidos hermanos o el suscrito, en su carácter de hermano legítimo de él, y

g) Que el demandado debe pagar las costas de este juicio."

Eduardo Ochoa, curador interino del menor José Marcos Correa Múnera, contestó la demanda oponiéndose a todas las peticiones formuladas en ella, aceptando los hechos fundamentales de ese escrito, marcados con los números 1° y 2°, negando los marcados con los números 3, 6 y 8, y aceptando en parte los marcados con los números 4, 5, 7, 9, 10, 11 y 12; pero rechazando cuanto en ellos se afirma en contra del estado civil de José Marcos Correa M., como hijo legítimo de Bárbara Múnera. El hecho marcado con el número 13 se abstuvo de contestarlo por considerarlo como un punto de derecho.

El fallo de primera instancia, proferido el 25 de agosto de 1927, desató así la litis:

"a) Es falsa la maternidad de Bárbara Múnera, respecto del citado José Marcos Correa;

"b) El mencionado José Marcos Correa no es hijo de la indicada Bárbara Múnera;

"c) José Marcos Correa no es hijo legítimo de los expresados Marco A. Correa y Bárbara Múnera;

"ch) El aludido José Marcos Correa no es heredero abintestato del mencionado Marco A. Correa, y, por lo mismo, no tiene ningún derecho a los bienes de la sucesión abintestato de éste, con el carácter de heredero;

"d) Como el citado Marco A. Correa no dejó cónyuge sobreviviente ni ascendientes ni descendientes legítimos ni hijos naturales reconocidos, que se sepa, en los bienes de la sucesión de dicho Marco A. Correa, tiene derecho—sin perjuicio de tercero—el demandante Juan de Jesús Correa T., en su carácter de hermano legítimo del indicado Marco A. Correa, hechas las deducciones que conforme al artículo 1016 del código Civil correspondan;

"e) El demandante Juan de Jesús Correa T., como hermano legítimo del citado Marco A. Correa, tiene mejor derecho que el supradicho impúber llamado José Marcos Correa, a la sucesión o herencia del referido Marco A. Correa; y

"f) El demandante Juan de Jesús Correa T., como hermano legítimo del indicado Marco A. Correa, es sucesor—en cuanto le corresponda—de los bienes que dejó al morir el antedicho Marco A. Correa.

"No se hace condenación en costas."

La parte demandada apeló de esa sentencia, y, previa la tramitación de rigor, el Tribunal Superior de Medellín, con fecha 18 de junio de 1929, falló en segunda instancia, confirmando la sentencia apelada.

El apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de casación, y lo fundó ante el Tribunal. Llegado el negocio a la Corte, la Sala admite el expresado re-

curso, por hallarlo ajustado a la ley, y procede a fallarlo, previo el estudio del caso.

Invoca el recurrente la causal 1° del artículo 2° de la Ley 169 de 1896, y en su apoyo aduce ocho motivos, a saber:

"1.º Dice la sentencia del Tribunal:

"Que el parto atribuido a Bárbara Múnera es falso. Esta base de la demanda está comprobada con los siguientes indicios:

"1.º Bárbara Múnera tenía a la época del parto que se impugna, más de cincuenta años, por lo que para ella había llegado la menopausia, o sea la cesación natural de las reglas."

"Este no es un indicio en el aspecto legal, desde luego que como lo enseña la ciencia y lo preconiza la experiencia, 'las reglas no cesan siempre a los cincuenta años.'

"Aquí conduce transcribir lo que expone el tratadista de Obstetricia, doctor S. Recasens, página 82 de su obra."

Transcribe el párrafo a que se refiere y agrega:

"Para que lo que informa la sentencia del Tribunal fuera verdad como indicio, respecto a cesación definitiva de la menstruación en Bárbara Múnera, preciso sería que ese indicio apareciera establecido por hechos o elementos que señalaran la cesación en la Múnera, pues que el mero hecho de la edad en manera alguna es manifestación siquiera probable de aquélla, en forma que la relación indicial que se exige en semejante clase de prueba no resulta desde ningún punto de vista.

"Y si lo expuesto en el párrafo que antecede es la verdad, como lo es, según la doctrina del tratadista de Obstetricia nombrado, y si la sentencia del Tribunal le atribuye el mérito de indicio a ese que carece de esa virtud, esa misma sentencia incurre en error de derecho al apreciarlo como prueba, y además, en error de hecho que se muestra evidente en los autos con la mera lectura de la sentencia y lo que el expediente brinda en orden a esos mismos hechos.

"En el caso que se contempla se han violado los artículos 587 y 590 del Código Judicial, ya directamente, o ya por efecto de una errónea interpretación."

Se considera: está plenamente probado con la partida de bautismo de Bárbara Múnera, que ésta fue bautizada el 9 de junio de 1866, y, que, por consiguiente, tenía cincuenta años en el mes de agosto de 1916, fecha en que nació el demandado José Marcos Correa, según lo indica la partida de bautismo de éste, de lo cual dedujo el Tribunal la posibilidad de que ya para este tiempo la expresada señora fuera estéril y que, por consiguiente, no sea ella la madre de dicho demandado. La apreciación que de ese hecho hizo el Tribunal, considerándolo como indicio o base para conjeturar en pro del hecho controvertido, no puede tacharse de violación del artículo 587 Código Judicial, ni es procedente el cargo por error de derecho, fundado en que la sentencia está en desacuerdo con los conceptos científicos de determinado tratadista. En cuanto al error de hecho evidente de que trata este cargo, ni siquiera dice el recurrente en qué consiste tal error, requisito indispensable para que ese cargo pueda ser atendible.

Tampoco halla la Corte justificada la acusación en lo referente al artículo 590 del mismo Código, con relación a la prueba a que este cargo se concreta, toda

vez que el fallo no se funda en ese solo indicio o conjetura, sino en diversos indicios claramente detallados en su parte motiva; y, a este respecto, conviene repetir lo que en varias ocasiones ha dicho la Corte: "cuando los indicios no son necesarios, el grado de fuerza y su relación más o menos estrecha con el hecho que se trata de demostrar, son materia de una apreciación inductiva del juzgador, que escapa a la casación, desde luego que en esa operación de la inteligencia, que es una serie de razonamientos, no puede caber el error evidente de hecho, indispensable para poder variar la estimación de la prueba hecha por el sentenciador." (Gaceta Judicial, tomo XXVIII, 267, 3°).

Estas mismas razones sirven para contestar las acusaciones formuladas en los motivos 2°, 3°, 4° y 6° de la demanda de casación, en los cuales se afirma que el Tribunal violó los mismos artículos 587 y 590 del Código Judicial, "con violación directa o por efecto de errónea interpretación," en relación con los indicios apreciados en los siguientes considerandos de la sentencia, citados por el recurrente como motivos de sus respectivos cargos:

"2. Bárbara Múnera practicó la prostitución desde muy joven, y sabido es que la prostitución es causa de infecundidad en gran número de las mujeres que la practican.

"3. Marco A. Correa hizo manifestaciones contrarias a la realidad del parto.

"4. Bárbara Múnera no presentaba señales de preñez exteriores, en la época en que ocurrió el nacimiento de José Marcos Correa.

"Es de gran fuerza probatoria también la fama pública existente en Yarumal desde que nació José Marcos Correa, y según la cual dicho niño no nació de Bárbara Múnera, fama que está superabundantemente establecida."

Se pasa a examinar la acusación marcada con el ordinal V, y, al efecto, dada la importancia del caso de autos, conviene reproducir aquí las razones expuestas para sustentar este cargo:

El concepto del Tribunal que motiva esta acusación, lo señala así el recurrente:

"Dice la sentencia del Tribunal:

"En el supuesto de que el parto que se atribuye a Bárbara Múnera no sea falso, o de que no esté probada la falsedad, queda prueba suficiente de que José Marcos Correa no es hijo de dicha Bárbara Múnera. Es que aparece suficientemente establecido que José Marcos Correa es el mismo niño que fue bautizado como expósito el día 9 de agosto de 1916."

"En esta parte—sigue diciendo el recurrente—acoge la sentencia del Tribunal la del Juzgado de primera instancia, en lo que respecta a que la señora Ana Joaquina Gómez de C. llevó a su casa un niño de pocas horas de nacido, en los primeros días de agosto de 1916, a que (sic) lo hizo bautizar como expósito con el nombre de José María, que cuidó de ese niño hasta el 24 de septiembre de 1916, en que lo entregó a Marco A. Correa, quien siguió con él hacia la finca de Santa Juana; que ese mismo niño fue nuevamente bautizado con el nombre de José Marcos en dicha finca como hijo de Marco A. Correa y Bárbara Múnera, y que ese mismo niño fue el que después de la muerte de Marco A. Correa se puso bajo la guarda del señor Eduardo Ochoa.

"En la pretensión de negar al menor José Marcos Correa su calidad de hijo de Marco A. Correa y Bárbara Múnera, va envuelta una cuestión relacionada con el estado civil, que es de suma trascendencia.

"En cierto modo el estado civil es un derecho adquirido que hace parte de nuestro patrimonio, y no una simple condición que al legislador o al Juez toque desconocer o anular por cualquier causa, pues que los derechos anexos a estado semejante son tales y tan solemnes que sólo en casos excepcionales, perfectamente acreditados, será dable desconocerlos, una vez que la calidad de un individuo, en lo que corresponde a su estado civil, deberá constar en el respectivo registro, cuyas actas son prueba y una vez que se presume la autenticidad de tales documentos (artículos 347 y 392 del Código Civil).

"Así las cosas, los indicios que han de considerarse para destruir el estado civil del menor José Marcos Correa, deben ser de tal gravedad, de tanta precisión, y de una concordancia tan manifiesta, por lo evidente, que lleven al ánimo la convicción íntima, a la manera de que los hechos que los constituyen no pueden engañar, al respecto de que José Marcos Correa, quien figura en esta controversia, es el mismo de la leyenda de la señora Ana Joaquina Gómez de C.

"El hecho, cardinal por cierto, de que el expósito fuera entregado por la señora Gómez de C. a Marco A. Correa, aparece oscurecido, ya porque las declaraciones que de ello hablan están en desacuerdo, y ya porque en lo que hace a las deducciones provenientes del dicho de otros testigos son un tanto arbitrarias.

"El testigo, que en mejores condiciones se encontraba para informar sobre el particular, es el señor Ricardo Correa Gómez, hijo de la señora Ana Joaquina, quien si estaba presente en el momento en que llegó Correa a la casa de la señora Gómez y quien afirma que 'no recuerda haberle entregado el niño en alusión a Marcos, ni haber visto que mi mamá se lo entregase.'

"El señor Francisco Correa J. expone en términos que difieren de los que se contienen en la declaración de Ricardo Correa Gómez, y en caso de la laya por regla de lógica elemental, no hay motivo racional para atender a la una y desechar la otra.

"La declaración de la señora Carlota Correa de Madrigal sobre que vio desde el atrio de la Capilla de San Luis, que queda frente a la casa de la señora Ana Joaquina Gómez de C., que ésta le entregaba en el zaguán un envoltorio a Marco A. Correa y el cual éste terció en una sábana, y la declaración de la señora Pastora Ortiz de Zapata, en igual sentido, francamente ni de lejos instiyan (sic) un indicio, porque ninguna relación existe entre un envoltorio y el niño que nació en Santa Juana.

"En lo que toca con la declaración de la señora Nicolsa Rodríguez de Palacio, no puede considerarse como prueba de ningún linaje, porque ni siquiera vio que Correa entrara a la casa de la señora Gómez de C.

"De modo, pues, que ni por artes las más extrañas se puede inferir que el envoltorio de que hablan los testigos tenga relación siquiera indirecta con el hecho cuestionado sobre que el niño expósito sea el mismo José Marcos Correa, bautizado como hijo de Marco A. Correa y Bárbara Múnera.

"El indicio es el hecho cierto y conocido, que por su relación más o menos íntima con el hecho cuestionado,

sirve o puede servir para inclinar la razón o la creencia en la realidad del segundo, reza el artículo 587 del Código Judicial; y si esto es verdad, y la es, búsquese por donde se quiera, sutilícese hasta donde el ingenio alcance, y se verá que entre el hecho conocido de entregar un envoltorio a Marco A. Correa y el hecho cuestionado sobre identidad del niño expósito y el que figura en esta controversia como hijo de Correa y la Múnera, no existe la más mínima relación.

"Y si de las declaraciones de Ricardo Correa Gómez y Francisco Correa se trata, ellas se excluyen, y sin que sea razonable por motivo legal ninguno, a admitir la una y desechar la otra. Las cosas así, en la sentencia se incurre en error de derecho al apreciar esta prueba, atribuyéndole el mérito de plena, y en error de hecho que se ofrece evidente en los autos; de lo cual se sigue la violación de los artículos 587 y 590 del Código Judicial, en relación también con el artículo 712 ibídem, ya directa o ya por efecto de una interpretación errónea."

Observa la Corte que si bien es cierto, como arriba se ha hecho notar, que ella mantiene el concepto de que "el sentenciador goza de amplia libertad para la apreciación de los indicios," también lo es que ese concepto no entraña en absoluto rechazo de las acusaciones que puedan hacerse en contra de esa apreciación en los no raros casos en que de autos resulte o se demuestre, de modo evidente, que ella es errónea, pues, al efecto, a la vez ha dicho que, "sólo cuando se le convenza de un error evidente de hecho o de derecho en la estimación de los indicios, es justificable la acusación del fallo." Pero las razones dadas en el largo razonamiento aquí transcrito, quizá muy atendibles como alegato de instancia, no ha demostrado el recurrente con claridad y evidencia, que son erróneos los conceptos del Tribunal de que José Marcos Correa no nació de Bárbara Múnera y de que "es el mismo niño que fue bautizado como expósito el día 9 de agosto de 1916." El cargo no está justificado.

Los conceptos del Tribunal que motivan el séptimo cargo son éstos, que el recurrente señala:

"Como ya se dijo, la parte demandada trajo en la segunda instancia las declaraciones de Melitona Mejía, Antonio de Jesús Toro y Teresa Rodas.

"Melitona Mejía afirma que sirvió de partera a Bárbara Múnera, más o menos en el mes de junio de 1916, que entonces nació un niño y que cuando ella dejó la casa de la Múnera, el niño quedó vivo.

"Antonio de Jesús Toro no vio el alumbramiento ni asegura que lo hubo: afirma que en junio de 1916 fue a buscar a Melitona Mejía, por orden de Marcos Correa, a fin de que asistiera a Bárbara Múnera en un parto; afirma que la Mejía estuvo en la casa y cree que presencié el parto porque Marcos Correa se lo dijo: dice que en los días anteriores no vio señales de embarazo en Bárbara Múnera.

"Teresa Rodas no vio el alumbramiento, pero dice que estaba en la casa cuando ocurrió. Asistió al niño por unos días después de su nacimiento. Parece contradecirse acerca de la fecha en que dice haber ocurrido el alumbramiento, acerca de si la madre amamantó o no al niño y acerca de si ella estuvo o no en la casa cuando el niño nació.

"Acerca de estos testimonios cabe observar que sólo la testigo Melitona Mejía afirma el hecho del parto por percepciones directas; que por ser único este testimonio no tiene fuerza de prueba; que los tres declarantes ha-

blan de un parto en el mes de junio, siendo así que según la partida de bautismo de José Marcos Corréa, el nacimiento de éste debió ocurrir en agosto, y que su puesta la prueba de que el parto de junio fue verdadero, no queda por eso destruida la prueba del demandante, según la cual el individuo que aparece como demandado con el nombre de José Marcos Correa es el mismo niño a quien se bautizó como expósito con el nombre de José María."

Como se ve, la acusación aquí formulada es la de error de derecho en la apreciación de las pruebas y error de hecho, con violación de los artículos 539, 587, 590 y 593 del Código Judicial, pero ha de observarse:

a) Que el primero de estos artículos apenas define lo que es prueba plena o completa y prueba semiplena o incompleta, y el segundo define lo que se llama indicio, y que los conceptos del Tribunal a que se contrae esta acusación no se oponen en nada a esas definiciones;

b) Que esos conceptos del Tribunal tampoco están en pugna con lo que establece el artículo 590 en cita, según el cual "los indicios no necesarios sólo forman plena prueba cuando son vehementes y diversos, pero enlazados entre sí, concurriendo todos a demostrar, sin dejar duda alguna, la verdad del hecho controvertido," muy al contrario, amoldándose a esta norma, declara que, según su criterio, los indicios a que se refiere no demuestran, sin dejar duda alguna, que José Marcos Correa naciera de Bárbara Múnera; y

c) Que el error de hecho y de derecho de que aquí se trata, con violación del artículo 593 del Código Judicial, sólo puede referirse, en el paso de la sentencia a que este cargo se refiere, a la afirmación que hace el Tribunal, de que las pruebas del demandado allí analizadas no destruyen "la prueba del demandante, según la cual el individuo que aparece como demandado con el nombre de José Marcos Correa es el mismo niño a quien se bautizó como expósito con el nombre de José María," desconociéndole todo valor probatorio al testimonio de Melitona Mejía, quien depone sobre hechos que le constan por propias y directas percepciones y que, de ser ciertos, destruyen totalmente la pretendida identidad. Pero, para que ese cargo pudiera prosperar, sería necesario que se hubiera puesto claramente de manifiesto que las pruebas del demandante a que se refiere el Tribunal, son, por ejemplo, testimonios de personas que deponen sobre un hecho, que, dicen haberlo oído de otras, o por inferirlo el mismo testigo de algún otro hecho por él conocido; empero, como no se ha hecho tal demostración, la Corte, que no es Tribunal de instancia, declara que el cargo carece de fundamento.

Para terminar, dice el recurrente:

"Dados los errores de la sentencia del Tribunal en el punto sustancial de la apreciación de las pruebas, que son en síntesis la base sobre que descansa el derecho que se invoca en la controversia, tenemos que al desconocerle a José Marcos Correa su estado civil, es decir, su calidad de hijo de Bárbara Múnera y Marco A. Correa, a pretexto de considerar falso el parto de la Múnera, la dicha sentencia ha violado directamente el artículo 213 del Código Civil, que estatuye que 'el hijo concebido durante el matrimonio es hijo legítimo.'

A esto se observa que el Tribunal no le ha negado la calidad de hijo legítimo a uno que fuera concebido durante el matrimonio, sino que lo que afirma, por dedu-

cirlo de las pruebas del proceso, es que José Marcos Correa no nació del matrimonio Correa-Múnera.

"En el mismo aspecto—continúa el recurrente—ha violado el artículo 392 ibídem que establece la presunción sobre autenticidad y pureza de las actas de estado civil que se compadecen con lo que establece la ley."

A esto se observa que aunque el recurrente no dice en este cargo a qué actas se refiere, si se trata de la partida de bautismo del demandado, el Tribunal no le ha negado autenticidad, sino que apenas ha dado por probados algunos hechos que desvirtúan la verdad de las declaraciones que en esa acta hicieron los interesados.

"En el mismo aspecto—continúa el cargo—viola el artículo, por el cual la demandante le vendió a Mercedes la identidad de José Marcos Correa, que nació del parto de Bárbara Múnera, que fue bautizado en la finca de Santa Juana, y que es el mismo que figura en este juicio." Este no es un cargo ajustado a los preceptos legales, sino un mero concepto del recurrente y lo mismo ha de decirse de esta última acusación: "y ha violado el artículo 335 ibídem, porque lo interpreta erróneamente."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara:

No hay lugar a casar la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en la presente causa, el diez y ocho de junio de mil novecientos veintinueve.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto veinte de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Carmen Alvear de Aragón estableció demanda contra Pío Rizo y Mercedes Aragón A., para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nulo el contrato consignado en la escritura pública número 147, de tres de marzo de mil novecientos veintidós, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, por el cual Mercedes Aragón le vendió a Pío Rizo una casa de habitación, de paredes de adobe y techo de tejas de barro, con su terreno correspondiente, ubicada en esta ciudad, en el ángulo suroeste de la Plaza de San Nicolás, comprendida dentro de los siguientes linderos: por el Norte, con casa que fue del señor Manuel Quintero; por el Sur, carrera sexta de por medio, con propiedad de los herederos de Manuel Joaquín Echeverri, hoy de Benito Sabogal; por el Oriente, con la Plaza de San Nicolás, y por el Occidente, con casa y solar de Vicente Peña.

"Segunda. Que está resuelto, por falta del pago total del precio, el contrato consignado en la escritura pública número 230, de veinte de abril de mil novecientos veintinueve, por el cual la demandante le vendió a Mercedes Aragón A. la misma casa y su terreno, determinado como queda dicho.

"Tercera. Que Pío Rizo, actual poseedor de la casa a que se refieren las dos peticiones anteriores, está en la obligación de entregarle a la demandante dicha casa, dentro del término que se le señale.

"Cuarta. Que Mercedes Aragón A. está en la obligación de indemnizarle a la demandante todos los perjuicios que le ha causado por no haberle pagado el precio total de la venta del inmueble, consignada en la escritura pública de que antes se ha hecho referencia.

"Quinta. Que igualmente está obligada Mercedes Aragón A. a restituírle a la demandante los frutos civiles y naturales que haya podido producir la casa, en proporción a la parte del precio que dejó de pagar, o su correspondiente valor.

"Sexta. Que Pío Rizo está obligado a restituír a la demandante los frutos naturales y civiles a que se refieren los contratos mencionados, o pagarle el valor de ellos.

"Séptima. Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se cancelen las escrituras públicas números 230, de veinte de abril de mil novecientos veintinueve, y 147, de tres de marzo de mil novecientos veintidós, de las Notarías 1ª y 2ª de este Circuito, como también sus respectivos registros.

"Como petición subsidiaria, en caso de que no se declare que Pío Rizo está en la obligación de entregar a la demandante la casa y terrenos determinados, como se ha visto, solicitó la actora que se declarara que el señor Rizo y la señora Aragón están solidariamente obligados a indemnizarle los perjuicios ocasionados, por haber obrado de manera que la segunda quedara en imposibilidad de cumplir a la demandante la obligación de pagar el precio de la compraventa."

Mercedes Aragón contrademandó para que se declarara:

"Primera. Que la señora Carmen Alvear viuda de Aragón, está obligada en el término que usted señale, a entregar a la señora Mercedes Aragón la porción de bienes que, conforme a la ley, le correspondían como hija legítima de Lorenzo Aragón y por muerte de éste.

"Segunda. Que la señora Carmen Alvear viuda de Aragón está obligada en el término que usted señale, a entregar a la señora Mercedes Aragón los frutos y productos que esos bienes hubieran podido producir desde el día de la muerte de Lorenzo Aragón, esposo de Carmen Alvear y padre de Mercedes Aragón, con mediana inteligencia y cuidado, hasta la fecha en que se verifique la entrega.

"Tercera. Que la señora Carmen Alvear viuda de Aragón está obligada a responder por los deterioros y perjuicios ocasionados en los bienes de que se habla en las anteriores declaraciones.

"Y para el caso improbable de que se hiciesen las declaraciones consignadas en la parte petitoria de la demanda principal promovida por la señora Carmen Alvear viuda de Aragón contra Mercedes Aragón y Pío Rizo, pido a usted que haga también estas declaraciones.

"Cuarta. Que la señora Carmen Alvear está en la obligación de entregarme la finca de campo denominada Santa Bárbara, en jurisdicción del Distrito de Jamundí, ubicada en el indiviso del mismo nombre, la cual está fundada en un derecho primitivo de treinta pesos; consta de un cacaotal en buen estado, platanera y un potrero de pasto artificial (pará), y se halla alinderada así: por el Sur, con propiedad de Nicasio Sandoval; por el Norte, con propiedad de Pío Rizo; por el Oriente, el río Cauca, y por el Occidente, con propiedad de Pío Rizo.

Los linderos generales del indiviso de Jamundí, donde está ubicada la finca, son los siguientes: por el Oriente, el río Cauca; por el Occidente, la cordillera alta; por el Norte, el río Jamundí, y por el Sur, el río Rioclaro.

"Quinta. Que la señora Carmen Alvear viuda de Aragón está en la obligación de entregar el potrero denominado El Cabezón, ubicado en el Distrito de Jamundí, indiviso del mismo nombre, sembrado de pasto artificial (pará), cercado de alambre, y cuyos linderos son: por el Norte, con potrero de Manuel María Herrera; por el Oriente, el río Cauca; por el Occidente, con potrero de Nicasio Sandoval, y por el Sur, con propiedad de los herederos de Francisco Gómez y el río Cauca. Este potrero está fundado en unos derechos en el indiviso de Jamundí, cuyos linderos se encuentran descritos en la declaración anterior, comprados veinte pesos al doctor Joaquín P. Barona y diez pesos al señor Manuel A. Herrera.

"Sexta. Que igualmente está la señora Carmen Alvear viuda de Aragón, en la obligación de restituir todos los frutos y productos naturales y civiles de los inmuebles descritos en las dos declaraciones anteriores, y de responder por los deterioros causados en dichos inmuebles, desde el día en que fueron recibidos hasta el día en que se verifique la entrega.

"Séptima. Que la señora Carmen Alvear está en la obligación de entregar las diez vacas paridas, que por su cuenta y orden le fueron entregadas al señor Julio Aragón, con todos los frutos y productos obtenidos desde el día de la entrega.

"Octava. Que la señora Carmen Alvear viuda de Aragón está en la obligación de entregar el documento que por cuatrocientos cincuenta pesos se endosó por su cuenta al señor Lorenzo Aragón, suscrito por el señor Francisco L. Barona, o su respectivo valor y los intereses de ese documento o de ese valor, desde el veinte de abril del año de mil novecientos veintiuno hasta el día en que se entregue, a la rata comercial o usual.

"Novena. Que la señora Carmen Alvear viuda de Aragón está en la obligación de entregar los cincuenta pesos que recibió de Lorenzo Aragón por cuenta de Carmen Alvear de manos del doctor Carlos Borrero S., desde el día en que los recibió hasta el día en que se verifique la entrega.

"Décima. Que se cancelen las escrituras públicas números 321, de diez y seis de mayo, y 323, de diez y siete de mayo de mil novecientos veintiuno, otorgadas en la Notaría 1ª de este Circuito y sus correspondientes registros; y

"Undécima. Que las entregas deben hacerse en virtud de las declaraciones solicitadas por la señora Carmen Alvear viuda de Aragón, y de las declaraciones cuarta y novena, inclusive, de esta demanda, deben ser simultáneas."

El Juez falló:

"Primero. Que es nulo el contrato consignado en la escritura pública número 147, de dos de marzo de mil novecientos veintidós, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Cali, por el cual Mercedes Aragón A. le vendió a Pío Rizo una casa de habitación, de paredes de adobe y techo de tejas de barro, con su correspondiente terreno, ubicada en la ciudad de Cali, en el ángulo suroeste de la Plaza de San Nicolás, costado occidental, comprendida dentro de los siguientes linderos: por el Norte, con casa que fue del señor Manuel Quintero; por el Sur, carrera 6ª de por medio, con propiedad de los he-

rederos de Manuel Joaquín Echeverri, hoy (fecha de la demanda), de Benédicto Sabogal; por el Oriente, con la Plaza de San Nicolás, y por el Occidente, con casa y solar de Vicente Peña.

"Segundo. Que está resuelto, por falta del pago total del precio, el contrato consignado en la escritura pública número 230, de veinte de abril de mil novecientos veintiuno, por el cual Carmen Alvear viuda de Aragón le vendió a su hija legítima, Mercedes Aragón A., la misma casa y terreno determinados en la declaración anterior.

"Tercero. Que Pío Rizo, actual poseedor de la casa a que se refieren las declaraciones anteriores, está en la obligación de entregarle a los cesionarios de los derechos de Carmen Alvear viuda de Aragón, señores Lorenzo, Julio y Ernesto Aragón A., dicha casa y su terreno, dentro del término de tres días, a partir de la notificación de esta sentencia.

"Cuarto. Que Mercedes Aragón A. está en la obligación de indemnizarle a los representantes de los derechos de la demandante Carmen Alvear, los perjuicios causados, por no haberle pagado el precio total de la venta de la casa y su terreno, consignada en la escritura pública número 230, de veinte de abril de mil novecientos veintiuno, otorgada en la Notaría 1ª de Cali.

"Quinto. Que Mercedes Aragón A. está obligada a restituirle a los cesionarios de los derechos de Carmen Alvear viuda de Aragón, los frutos civiles y naturales que haya producido la casa, en proporción correspondiente a la parte del precio que dejó de pagar; y

"Sexto. Que Pío Rizo está obligado a restituirles a los cesionarios de los derechos de la demandante Carmen Alvear viuda de Aragón, los frutos civiles y naturales de la casa y su terreno a que se refieren los contratos mencionados en las dos primeras declaraciones de esta sentencia.

"Declárase no probada la excepción de prescripción propuesta en la demanda de reconvencción, y declárase absuelta a la demandada Carmen Alvear viuda de Aragón de los cargos formulados en esa demanda.

"Procédase a la cancelación de las escrituras públicas números 230, de veinte de abril de mil novecientos veintiuno, y 147, de tres de marzo de mil novecientos veintidós, con sus respectivos registros. A los demandados Mercedes Aragón A. y Pío Rizo, les queda a salvo el derecho consagrado en el inciso 2º del artículo 1932 del Código Civil."

Apelaron los demandados, y el Tribunal de Cali desató la litis así:

"1º Declárase resuelto el contrato de compraventa celebrado entre Carmen Alvear viuda de Aragón y Mercedes Aragón A., contenido en la escritura pública número 230, de veinte de abril de mil novecientos veintiuno, otorgada ante el Notario 1º de este Circuito.

"2º Condénase a Mercedes Aragón A. a indemnizarle a Carmen Alvear viuda de Aragón, los perjuicios provenientes por no haber pagado el precio total de la negociación dentro del término estipulado, pero restringiendo tales perjuicios, como se ha dicho en la parte motiva de esta decisión, a los que resulten del mero incumplimiento del contrato.

"3º CANCELASE, por los medios indicados por la ley, el registro de la escritura de que antes se ha hecho referencia.

"4º ABSUÉLVASE a Mercedes Aragón A. de los otros cargos que se le han formulado en la demanda principal.

"5° No es el caso de decretar la nulidad del contrato consignado en la escritura pública número 147, de tres de marzo de mil novecientos veintidós; otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, por la cual Mercedes Aragón A. enajenó a Pío Rizo un inmueble ubicado en esta ciudad.

"6° Como consecuencia de la declaración anterior, no es el caso de decretar favorablemente las peticiones tercera y sexta de la demanda principal, como tampoco la cancelación que se pide del registro de la escritura pública de que antes se ha hecho referencia; y

"7° Absuélvese a los demandados de todos los cargos formulados contra ellos en la demanda de mutua petición.

"No es pertinente, como se ha visto en otro lugar, entrar al análisis de las excepciones propuestas en la contrademanda.

"Queda en estos términos reformada la sentencia de quince de marzo de mil novecientos veintiocho, proferida por el señor Juez 2° de este Circuito, en el juicio ordinario doble que se agita entre Carmen Alvear viuda de Aragón y Pío Rizo y Mercedes Aragón A.

"Sin costas."

Lorenzo, Julio y Ernesto Aragón interpusieron recurso de casación, que se les concedió y admite, por estar ajustado a la ley.

Tacha el recurrente, en primer término, la sentencia, por no estar de acuerdo con las pretensiones oportunamente aducidas en juicio, ya que no falló sobre la petición subsidiaria, que fue invocada para el caso que no se decidiera favorablemente la petición sobre restitución de la casa, pero como esta petición va a ser materia especial de estudio por parte de la Corte, al tratarse de la primera causal, es innecesario que la Sala se detenga en esta segunda causal.

Para mejor inteligencia del recurso ha de advertirse, como lo afirma el sentenciador, que no se trajo al juicio la escritura número 147, de tres de marzo de mil novecientos veintidós, por la cual Mercedes Aragón le vendió a Pío Rizo la misma casa y solar que le había comprado a su madre, la señora Alvear de Aragón, por la escritura número 230, de veinte de abril de mil novecientos veintiuno, razón por la cual el Tribunal no pudo estudiar la nulidad del contrato contenido en la escritura número 147, que había sido solicitada en la demanda, pero declaró resuelto el contrato celebrado entre Mercedes Aragón y Carmen Alvear de Aragón, extendido en la escritura número 230, y, sin embargo, no condenó a Rizo a entregar o devolver la casa a la demandante.

El Tribunal consideró que el señor Rizo no era tercero respecto de la negociación efectuada entre Carmen Alvear y Mercedes Aragón, y al efecto se expresa así:

"..... Conclúyese de lo anterior que la resolución que se haga del contrato de compraventa celebrado entre Carmen Alvear viuda de Aragón y Mercedes Aragón no puede surtir efectos contra terceros adquirentes, por haber faltado en la tal escritura la condición resolutoria expresa.

"Empero, objétase que el señor Rizo, comprador del bien, no tiene la calidad de tercero en la primera negociación efectuada, porque ayudó a pactar los términos de la compraventa, y aun más, dio parte de sus bienes como precio de la misma.

"No puede remitirse a duda que la objeción formulada tiene gran fuerza, puesto que dicho señor Rizo ha confesado que fue consultado en la negociación, y, además,

ha reconocido expresamente que pagó con sus bienes parte del precio de la compraventa.

"Tercero. En un contrato no es el que tenga justo título, ha dicho la Corte Suprema en sentencia de casación de cinco de septiembre de mil novecientos veintidós, sino el que no intervino en él, o no es causahabiente universal del mismo."

Oigamos al señor Rizo en la contestación de la demanda. Al contestar el hecho 12 se expresó así:

"Es cierto que di como parte del precio de la casa, o mejor dicho, por cinco mil pesos el potrero denominado **El Cabezón**; es verdad que di por mil quinientos pesos la finca denominada **Santa Bárbara**; es verdad que di un pagaré por cuatrocientos cincuenta pesos y sus intereses, a cargo del señor Francisco L. Barona; es verdad que entregué diez vacas paridas a Julio Aragón; es verdad que no he entregado a Lorenzo Aragón diez vacas paridas, que no ha querido recibir; es verdad que no he entregado un documento a cargo de Lorenzo Aragón, porque ese documento nada tenía que ver en el negocio, y porque éste me debe su valor."

Al ser interrogado en posiciones, sobre cómo es cierto que él y el mandatario de la vendedora convinieron en hacer el contrato de compraventa por el precio de veinte mil pesos oro legal, precio que aceptaron, tanto ésta, como la señora Mercedes Aragón, y por la cual se perfeccionó el contrato, contestó lisa y llanamente que era cierto el contenido de la pregunta.

"No siendo, pues, tercero el señor Rizo en la negociación de que tantas veces se ha hablado, lógico es que sufra las consecuencias de la resolución del contrato, cuales serían las de restituir el inmueble con las indemnizaciones correspondientes.

"Mas acontece que para decretar tal cosa, necesario era que se hubiera acreditado legalmente la existencia del contrato celebrado entre Pío Rizo y Mercedes Aragón, puesto que de otra manera se vendría a anular un contrato, cuya vida jurídica no había sido comprobada de autos."

El recurrente ataca así este pasaje del fallo:

"..... Anoto que tal quebrantamiento de las normas legales citadas, está corroborado en manera firme por la circunstancia especial de que el sentenciador no consideró al señor Rizo como tercero a quien amparase el precepto del artículo 1933 del Código Civil, porque si el señor Rizo no es tercero, como con acierto innegable lo sostiene y demuestra el Tribunal en su fallo, habida cuenta a la intervención y perfecto conocimiento que tuvo en el negocio celebrado entre la madre y la hija, a él alcanzan los efectos de la acción resolutoria, y el muy especial, de la restitución del inmueble.

"De otra parte, como al no decretar el Tribunal la restitución demandada, no hizo otra cosa que colocar al señor Pío Rizo entre los terceros amparados por el precepto contenido en el artículo 1933 del Código Civil, obró ilógicamente con el concepto que expresó en el fallo, de no tener el señor Rizo esta calidad, y violó el propio artículo, por haberlo aplicado al caso del pleito, sin ser de recibo su aplicación."

Para la Corte prospera este motivo de casación; pues es a todas luces indudable que si el Tribunal no consideró a Rizo como tercero poseedor en la negociación celebrada entre la Alvear y la Aragón, afirmación ésta

intocable en casación, ya que Rizo ni la Aragón hacen uso de este recurso, forzoso es concluir que este señor tiene que sufrir las consecuencias de la resolución del contrato celebrado por la escritura número 230, de veinte de abril de mil novecientos veintiuno, máxime si se tiene en cuenta que no se acompañó la escritura número 147, por la cual se dice que Rizo le compró a Mercedes Aragón la misma casa que ésta le había comprado a Carmen Alvear, de donde resulta que el señor Rizo posee la casa sin título alguno, circunstancia que justifica la entrega por parte de Rizo de un inmueble que retiene sin causa legal.

Es, pues, palpable la contradicción del sentenciador, al declarar que Rizo no es un tercero en la negociación debatida, y a pesar de esa declaración, no lo condena a devolver lo que retiene sin título, colocándolo dentro de la disposición del artículo 1933 del Código Civil, que violó, por haberlo aplicado sin ser el caso de hacerlo; pues si Rizo no es un tercero en esa negociación, lo abarcan las consecuencias de la acción resolutoria, entre las cuales figura la obligación de restituir.

Se casará la sentencia parcialmente en lo que dice relación con la petición tercera de la demanda principal, y la sexta, que es una consecuencia ineludible de la tercera petición.

Lo dicho basta para fundamentar el fallo de instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. Cásase parcialmente la sentencia del Tribunal de Cali, en cuanto no condenó a Pío Rizo a entregar a Carmen Alvear de Aragón la casa materia de la demanda, y en cuanto lo absolvió de la obligación de restituir los frutos que se apreciarán en juicio separado, en donde calificará la buena o mala fe de Rizo.

Segundo. Revócase el numeral sexto de la sentencia del Tribunal.

Tercero. Condénase a Pío Rizo a devolver a la señora Carmen Alvear de Aragón la casa a que se refiere la demanda, dentro del término de tres días después de ejecutoriado el auto que ha de dictar el Juez obedeciendo y cumpliendo este fallo.

Cuarto. Condénase a Pío Rizo a restituir a la demandante los frutos civiles y naturales, los que serán tasados en juicio separado.

Quinto. Sin costas.

Se inserta por disposición de la ley la parte resolutive del fallo como ha de quedar en definitiva:

Primero. Declárase resuelto el contrato de compraventa celebrado entre Carmen Alvear viuda de Aragón y Mercedes Aragón A., contenido en la escritura pública número 230, de veinte de abril de mil novecientos veintiuno, otorgada ante el Notario 1º de este Circuito.

Segundo. Condénase a Mercedes Aragón A. a indemnizarle a Carmen Alvear viuda de Aragón los perjuicios provenientes por no haberle pagado el precio total de la negociación dentro del término estipulado, pero restringiendo tales perjuicios, como se ha dicho en la parte motiva de esta decisión, a los que resulten del mero incumplimiento del contrato.

Tercero. CANCELASE por los medios indicados por la ley el registro de la escritura de que antes se ha hecho referencia.

Cuarto. Absuélvese a Mercedes Aragón A. de los otros cargos que se le han formulado en la demanda principal.

Quinto. No es el caso de decretar la nulidad del contrato consignado en la escritura pública número 147, de tres de marzo de mil novecientos veintidós, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, por la cual Mercedes Aragón A. enajenó a Pío Rizo un inmueble ubicado en esta ciudad.

Sexto. Condénase a Pío Rizo a devolver a la señora Carmen Alvear de Aragón la casa a que se refiere la demanda, dentro del término de tres días después de ejecutoriado el auto que ha de dictar el Juez obedeciendo y cumpliendo este fallo.

Séptimo. Condénase a Pío Rizo a restituir a la demandante los frutos civiles y naturales, que serán tasados en juicio separado.

Octavo. Absuélvese a los condenados de todos los cargos formulados contra ellos en la demanda de mutua petición.

Noveno. Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

El doctor Clodomiro Ramírez, en escrito de veinticuatro de marzo de mil novecientos veintiséis, repartido al Juzgado 1º del Circuito de Medellín, dijo:

"Obrando como apoderado especial de los cónyuges Juan de Jesús Vélez y María Josefa Vargas, varón y mujer, respectivamente, mayores de edad y vecinos de este Municipio, me presento respetuosamente ante usted, por medio de este libelo, a establecer demanda ordinaria contra el Ferrocarril de Amagá, sociedad anónima de comercio, establecida y domiciliada en esta ciudad, con el objeto de que se obligue a ésta a pagar a mis poderdantes, en su carácter de herederos universales de su hijo legítimo Jesús Antonio Vélez, la indemnización a que tienen derecho por la muerte violenta que este último sufrió el día cuatro de diciembre de mil novecientos veinticinco.

Los hechos en que fundo mi demanda son éstos:

"1º El joven Jesús Antonio Vélez nació en el Municipio de Amagá el veintiséis de septiembre de mil novecientos dos, y fue bautizado en la iglesia de esa parroquia el cuatro de agosto de ese mismo año.

"2º Ese joven era hijo legítimo de mis poderdantes Juan de Jesús Vélez y María Josefa Vargas, que viven. No fue casado ni dejó descendencia legítima ni natural.

"3º El mismo joven desempeñaba a fines del año pasado la profesión de chofer y manejaba un camión automóvil para pasajeros, perteneciente al señor Julio Ruiz, y que hacía el servicio entre esa ciudad y la cabecera del Municipio de Caldas.

"4º En la tarde del día cuatro de diciembre de mil novecientos veinticinco, el joven Vélez salió de esta ciudad con dirección a Caldas, manejando el camión a que me he referido, y en el cual iban varios pasajeros.

"5º Poco antes de llegar el camión al cruzamiento de la carretera con la línea férrea del ferrocarril de Amagá, en el punto de La Tablaza, perteneciente al Municipio

de La Estrella, sufrió un retardo en su viaje por motivo de la rotura de una de sus llantas. Por este motivo, algunos de los pasajeros abandonaron el aparato, quedándose otros, que aguardaron a que estuviera concluida la reparación para poder continuar el viaje.

"6° Eran las siete de la noche cuando el camión llegó al punto preciso del cruzamiento. Hacia rato que había pasado por ese lugar el último tren que figuraba en los itinerarios de la línea férrea, y no era de suponer que a ese hora viniera por la misma línea otro tren que, salido de Caldas, venía en dirección a esa ciudad.

"7° El joven Vélez, que andaba a velocidad moderada, no encontró colocado el guardavía, que en aquel lugar existe, y fue a cruzar la carrilera cuando súbitamente fue sorprendido por un tren de carga, que venía en dirección de esta ciudad. El choque fue tan inesperado y tan violento, que el camión quedó hecho pedazos, y muertos, de muerte fulminante, el joven Vélez y los pocos pasajeros que lo acompañaban.

"8° El tren que causó la muerte de Vélez y de sus compañeros descendía a gran velocidad; a pesar de ser ya de noche, no traía en la locomotora la farola, que es de reglamento en los viajes nocturnos, y el maquinista antes de cruzar la carretera no pitó con la sirena, ni hizo señal alguna que revelara la existencia del peligro.

"9° Esas señales y la colocación de la cadena o guardavía eran tanto más indispensables cuanto que la carretera hace una curva al cruzar la línea férrea en aquel lugar.

"10. La Junta Directiva del Ferrocarril de Amagá, sin expresar razones plausibles, negó la reclamación que hizo mi poderdante Juan de Jesús Vélez, para que se le reconociera una indemnización por la muerte trágica de su hijo, pero la misma Compañía sí le reconoció y mandó pagar al señor Julio Ruiz, dueño del camión, el valor de ese aparato.

"11. Jesús Antonio Vélez, que apenas tenía veintidós años, era un joven de magnífica conducta, sano, laborioso y hábil en su profesión de chofer. Era, por otra parte, el único apoyo de sus padres, a quienes sostenía con el producto de su trabajo. Como chofer era preferido por muchos de los viajeros entre esta ciudad y Caldas, por su prudencia y por el conocimiento que tenía del manejo de automóviles.

"12. En las diligencias sumarias que se levantaron para averiguar aquellos acontecimientos, se estableció que Jesús Antonio Vélez no cometió culpa ni obró con imprudencia en las anotadas circunstancias."

Como consecuencia de los hechos relatados, se piden las siguientes declaraciones:

"a) Que la Compañía del Ferrocarril de Amagá está en la obligación de pagar a Juan de Jesús Vélez y a María Josefa Vargas de V., en su carácter de herederos legítimos y universales de Jesús Antonio Vélez, la cantidad de diez mil pesos oro, o en su defecto, la que señalen peritos en este juicio o en otro distinto, como indemnización por los perjuicios que les causó la muerte de dicho Jesús Antonio Vélez, ocurrida en el paraje de La Tablaza o de La Raya, Municipio de Caldas, en las primeras horas de la noche del día cuatro de diciembre de mil novecientos veinticinco.

"b) Que la misma Compañía debe pagar a los cónyuges Vélez y Vargas, en su carácter indicado, los intereses legales de la suma a que monta la indemnización, y a contar del mencionado día cuatro de diciembre de mil novecientos veinticinco en adelante.

"c) Que debe pagar la Compañía citada las costas de este juicio."

Invoca el actor como fundamentos de derecho los artículos 2341, 2342, 2343, 2347 y 2349 del Código Civil.

El doctor Juan de Dios Vásquez, Gerente de la Empresa demandada, contestó la demanda, aceptando unos hechos, negando otros, y oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas.

"Propongo como excepción perentoria—dice—la de petición de modo indebido, y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió."

El Juzgado, en sentencia de diez y siete de diciembre de mil novecientos veintisiete, falló así:

"1° Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, en el memorial en que se da contestación a la demanda.

"2° Condénase a la Empresa del Ferrocarril de Amagá a pagar a Juan de Jesús Vélez y María Josefa Vargas de V., en su carácter de herederos legítimos y universales de Jesús Antonio Vélez, la cantidad de cuatro mil seiscientos pesos (\$4.600) oro, como indemnización por los perjuicios que les causó la muerte de dicho José Antonio Vélez, ocurrida en el paraje de La Tablaza o de La Raya, del Distrito de Caldas, en las primeras horas de la noche del cuatro de diciembre de mil novecientos veinticinco.

"Esta deuda la pagará el Ferrocarril dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

"Sin costas."

Ambas partes apelaron de ese fallo, y el Tribunal Superior de Medellín lo confirmó por medio del suyo, de fecha dos de noviembre de mil novecientos veintinueve, contra el cual se interpone el recurso de casación que, concedido por el Tribunal, la Corte lo admite, por hallarse ajustado a la ley.

En el mismo escrito en que interpuso el recurso de casación, el apoderado de la parte demandada, doctor Villegas, dijo:

"Las causales de casación que alego son: ser la sentencia violatoria directamente de la ley sustantiva; ser violatoria de la misma ley por interpretación errónea de ésta; indebida aplicación de la ley al caso del pleito, y, finalmente, mala apreciación de las pruebas o de alguna o algunas de ellas, tomadas en consideración por la sentencia."

Es oportuno hacer constar aquí que el doctor Juan de Dios Vásquez, en su carácter de Gerente de la Compañía del Ferrocarril de Amagá, confirió poder al doctor Alfonso Calle C. para representar en este juicio a la mencionada Compañía, "hasta su completa terminación"; que el doctor Alfonso Calle sustituyó ese poder en el doctor Juan de Dios Vásquez, y que éste, en memorial de treinta y uno de enero de mil novecientos treinta, dice a esta Superioridad:

"Manifiesto que sustituyo en el señor doctor Víctor Cock, varón, mayor y vecino del Distrito de Bogotá, el poder especial con que he venido representando a la Compañía del Ferrocarril de Amagá, en el juicio ordinario promovido contra dicha Compañía por los herederos del señor Antonio J. Vélez, facultando al apoderado sustituto, doctor Cock, para representar a dicha Compañía en el recurso de casación que interpuse para ante esa honorable Sala contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Antioquia."

La Corte dijo:

"Téngase al doctor Victor Cock como apoderado especial de la Compañía del Ferrocarril de Amagá, en el presente juicio."

Todo esto concurre a demostrar que no es exacta la representación que se atribuye el expresado apoderado ante la Corte, al decir en su alegato:

"En ejercicio del poder que me fue sustituido por el doctor Agustín Villegas, apoderado del Departamento de Antioquia, propietario actual del Ferrocarril de Amagá, procedo a fundar y ampliar el recurso de casación interpuesto ante el Tribunal del Distrito Judicial de Medellín por el expresado apoderado doctor Villegas."

Las causales alegadas y fundadas ante la Corte, son las siguientes:

I

"Incompetencia de jurisdicción improrrogable en el Tribunal sentenciador, no siendo permitida la ratificación."

"La causal alegada—continúa el recurrente—consiste en haber conocido el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en segunda instancia, de este pleito, tratándose de un juicio entre el Departamento de Antioquia y particulares."

"Los fundamentos de la causal que se alegan, son:

"El Ferrocarril de Amagá pasó a ser propiedad del Departamento, por compra de todas las acciones de la Compañía, y fue incorporado a los bienes departamentales, por decreto de 4 de marzo de 1927, y en tal virtud pasó a ser parte en el juicio el expresado Departamento."

"El Tribunal, por razón de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 169 de 1896, carecía de jurisdicción para conocer, en segunda instancia, la que corresponde a la Corte Suprema de Justicia por la naturaleza del asunto, y esto dio lugar a un incidente en que se hizo venir a los autos copia del expresado decreto, y que falló el Tribunal, declarando ratificado lo actuado."

"La incompetencia de jurisdicción del Tribunal en segunda instancia es, en este caso, improrrogable, de acuerdo con el artículo 157 del Código Judicial, y es privativa, según la definición que da el artículo 142 ibidem, no siendo permitida su ratificación en derecho, tanto por dichos caracteres cuanto porque, si se admitiera, excluiría del conocimiento a una autoridad judicial superior, a quien está atribuida la jurisdicción por razones de orden público."

"Además, la ratificación declarada por el Tribunal, caso de ser admisible en derecho, sólo podría operar sobre las actuaciones del Juez de Circuito y las del Tribunal, hasta que se probó el hecho que hizo parte al Departamento en el juicio."

"Desde este momento el Tribunal debió abstenerse de conocer y pasar el asunto a la Corte para su conocimiento en segunda instancia."

"Es el caso, por consiguiente, de que anuléis en su totalidad el fallo recurrido, absteniéndolos de resolver en el fondo, y devolváis el proceso al Tribunal de origen, para que ante él promuevan las partes lo que estimen legal."

La Corte observa que es infundada esta acusación, toda vez que en el proceso no hay prueba alguna de que el Ferrocarril de Amagá pertenece al Departamento de Antioquia; pues el Decreto que cita el recurrente apenas figura inserto en el cuerpo de un escrito del demandante, a fojas 44 vuelto y 45 folio del cuaderno principal.

II

"El Tribunal—dice el recurrente—no falló sobre las excepciones perentorias alegadas, cual es la de no haberse probado la calidad de herederos exclusivos por parte de los demandantes, no obstante haberse debatido en el juicio (alegato del demandado, folio 54 y siguientes del cuaderno principal), y sobre la cual no se pronunció sentencia; incurrió, por consiguiente, en la segunda causal de casación, por haberse dejado de resolver sobre un punto objeto de la controversia."

"Debeis, por tanto, disponer que el asunto vuelva al Tribunal para que dicte una sentencia no deficiente."

Los párrafos del alegato de instancia, a que se refiere el recurrente, son de este tenor:

"En la parte petitoria, párrafo a), se concreta una vez más la condición en que debe pagarse esa indemnización a los actores, en su carácter de herederos legítimos y universales del señor Jesús A. Vélez."

"Cuando se promueve una demanda con la base de un carácter determinado, es preciso que el demandante lo compruebe para que la acción prospere. Eso es elemental."

"Es cierto que el demandante trajo al juicio las partidas de matrimonio de los padres, la del nacimiento del difunto y de fallecimiento de éste. Pero esos documentos son deficientes para la demostración que se pretende. Así como un juicio de guarda de un mayor de edad requiere para su éxito la declaración previa de la interdicción, y ésta se acredita con la sentencia respectiva, de igual manera la calidad de heredero se comprueba con la providencia constante en el juicio de sucesión. Es allí en donde, al declarar abierto el juicio sucesorio, se hace el reconocimiento de herederos; es en ese juicio, especial para ese objeto, donde cabe hacer la declaratoria, y, por tanto, ese reconocimiento debió haberse traído y no se trajo."

Después de referirse a algunas decisiones del Tribunal Superior de Medellín sobre la manera de acreditar la personería sustantiva de quien trata de hacer valer un derecho sobre determinada finca que se dice adquirida por sucesión hereditaria, continúa así el alegato de instancia en lo pertinente al cargo que se examina:

"Los padres del difunto señor Vélez reclaman un crédito, naturalmente, por cuanto creen que ese crédito les pertenece. Pero como ese crédito, de pertenecerles, sería en virtud del modo que se denomina sucesión por causa de muerte, han debido acreditar la propiedad con el único título adecuado para ello: la adjudicación que de él se les hizo por el Juez competente, en el juicio sucesoral del señor Jesús A. Vélez."

"Lo dicho basta, bien para rechazar en el fondo la acción promovida, o cuando menos para que se declare de oficio, como puede hacerlo el Tribunal, la existencia de la excepción de petición antes de tiempo, de modo indebido."

Como la acusación formulada en este capítulo de la demanda de casación no es por error de hecho ni de derecho en la apreciación de las pruebas que acreditan la personería sustantiva de los demandantes, ni por violación de la ley sustantiva, por reconocerle la sentencia derecho a los demandantes a la indemnización, no siendo el caso de hacerlo, sino porque, según el recurrente, el Tribunal dejó de resolver sobre una excepción perentoria alegada, siendo el caso de hacerlo, no hay lugar

a entrar a dilucidar aquí la cuestión planteada en el alegato de instancia a que alude el recurrente, sino si la excepción de que se trata quedó o no fallada por el Tribunal; y al respecto, basta anotar que en la contestación a la demanda, dijo la parte demandada:

"Propongo como excepción perentoria la de petición de modo indebido, y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida, si alguna vez existió."

Sobre ese extremo, el fallo de primera instancia dijo:

"Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, en el memorial en que da contestación a la demanda."

Así, pues, si el Tribunal no halló justificadas las razones expuestas en el alegato de segunda instancia en apoyo de la excepción de petición antes de tiempo, de modo indebido, ya propuesta en la contestación de la demanda, y declarada no probada en la sentencia de primera instancia, al confirmar esa sentencia en todas sus partes, quedó fallada la excepción que motiva este cargo, sin necesidad de haber hecho especial pronunciamiento acerca de ella. Tampoco hay lugar a casar la sentencia por esta segunda causal.

III

Se acusa la sentencia de "violación de los artículos 86 de la Ley 53 de 1887; 1046 del Código Civil, 542 y 543 del Código Judicial, y 248 de la Ley 105 de 1890, por los siguientes motivos:

"a) Si se considera por la Corte que al fallar a fondo el Tribunal sobre el negocio principal, dejó fallada la excepción de que se habla bajo el numeral anterior, es casable la sentencia acusada por ese error en la apreciación de la prueba presentada para acreditar el derecho a demandar, o sea la personería sustantiva de los actores, consistente en considerar prueba suficiente del carácter de herederos exclusivos de Antonio J. Vélez la de su calidad de padres legítimos de aquél, que acreditaron con la partida de matrimonio de Juan de J. Vélez y María Josefa Vargas, la partida de bautismo de Antonio J. Vélez, y la de defunción de este último, siendo así que el artículo 86 de la Ley 153 de 1887 antepone a otros herederos a los padres legítimos, y son los descendientes legítimos.

"Violó, por tanto, la disposición de que se acaba de hablar, y también los artículos 542 y 543 del Código Judicial, que, en este caso, echa la carga de la prueba al demandante."

Este cargo es totalmente infundado por las razones siguientes:

El artículo 86, que se dice violado, establece que "los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, sin perjuicio de la porción conyugal, que corresponde al marido o mujer sobreviviente." Por consiguiente, en todo pleito en que se acredite legalmente que el difunto dejó hijos legítimos, el juzgador debe aplicar lo preceptuado en ese artículo, e incurre en violación de él si deja de aplicarlo, bien por no haber apreciado la prueba de tal hecho, prescindiendo de ella en absoluto (error de hecho), o bien por no haberle otorgado a dicha prueba todo el valor que la ley le asigna (error de derecho); mas no puede decirse lo mismo cuando, en el caso de autos, no existe ninguna prueba de que el difunto dejara hijos legítimos.

Los demandantes, para acreditar su personería sustantiva, o sea el derecho que les asiste para demandar indemnización de perjuicios por la muerte de Jesús Antonio Vélez, invocan su calidad legal de herederos de éste, y lo fundan:

a) En que son ellos padres legítimos de dicho finado; y

b) En que éste "no fue casado, ni dejó descendencia legítima ni natural," circunstancias ambas que los coloca en el caso que contempla el penúltimo inciso del artículo 1046 del Código Civil.

La primera de esas proposiciones, la de ser los demandantes padres legítimos del finado Jesús Antonio, la demuestran con copia del acta de su matrimonio y de la partida de bautismo de dicho finado; y en cuanto a la segunda, la de que éste no fue casado ni dejó descendencia legítima ni natural, tratándose como se trata, de una negación de hecho indefinida, el artículo 543 del Código Judicial los exime del deber de probarla, y por ende, hay que tenerla por cierta, mientras no se demuestre lo contrario por quien tenga interés en ello.

"b) Asimismo la errónea apreciación de las pruebas referidas aparece de lo dispuesto en el artículo 1046 del Código Civil, según el cual, aun faltando los descendientes legítimos, concurren como herederos el cónyuge y los hijos naturales. De suerte que la comprobación plena de tener padres legítimos no exime a la parte actora de comprobar plenamente también que su causante no dejó hijos naturales, ni esposa legítima, para poder admitir que aquéllos fueran sus únicos herederos. Y al faltar esa prueba plena, era el caso de aplicar lo dispuesto en los mencionados artículos 542 y 543 del Código Judicial, que hacen de cargo del actor lo referente a la prueba en cuestión; disposiciones éstas que fueron así violadas, como también el referido artículo 1046 del Código Civil; disposiciones que si hubieran sido debidamente aplicadas al caso del pleito, habrían conducido al Tribunal a la absolución de la parte demandada."

Este cargo queda contestado, *mutatis mutandis*, con lo dicho en el punto que precede; pues a quien promueve una acción en su carácter de heredero de una persona muerta, le basta comprobar que realmente tiene ese carácter; y "no tiene necesidad de probar que han fallecido o no existen herederos preferentes." Al demandado corresponde, en tal caso, probar que existe otro u otros de "mejor derecho." (Casación de 28 de abril de 1921. *Gaceta Judicial*, tomo XXVIII, 327, 3°).

"c) Pero—agrega el recurrente—aun en el caso de que existiera prueba testimonial suficiente de que el señor Vélez no dejó ni cónyuge, ni hijos naturales, ni hijos legítimos, siempre incurrió el Tribunal en error en la apreciación de tales pruebas, y de las mencionadas bajo las letras a) y b), por cuanto no aparece de autos la correspondiente declaratoria de herederos, de que habla el artículo 248 de la Ley 105 de 1890, que es la prueba adecuada al caso, por lo cual hubo de ser también violado el artículo de que se acaba de hablar, y consiguientemente los artículos 542 y 543 del Código Judicial, 86 de la Ley 153 de 1887, y 1046 del Código Civil, disposiciones aplicables al caso del pleito, por las razones expresadas en este mismo capítulo de casación, y que si hubieran sido debidamente aplicadas por el Tribunal, lo hubieran conducido a la absolución de la parte demandada."

En oposición a este cargo, conviene reproducir aquí lo dicho por la Corte en casación de veinte de agosto de mil novecientos veinticinco:

"Que el carácter de heredero de una persona no se adquiere por la declaración judicial que se haga de ese carácter, sino por el hecho de la defunción del de cujus, que lo haya instituido tál, sin condición, o que por los lazos de la sangre se halle en el caso de ser considerado heredero." (Gaceta Judicial, tomo XXXI, 347, 2°).

El que promueve una acción, aduciendo su carácter de heredero legítimo, debe justificar ese hecho con las pruebas demostrativas de su parentesco con el difunto, que no son otras que las correspondientes actas del estado civil, o las pruebas supletorias de tales documentos, mas no está obligado a probar que no hay otros herederos de grado más próximo que el de él; pues como viene dicho, en tal caso es al demandado a quien corresponde probar que hay otro u otros de mejor derecho, si tiene interés en ello.

IV

En este capítulo se pide la casación del fallo por "violación de los artículos 2357 y 1604 del Código Civil, y 542 y 543 del Código Judicial, por los siguientes motivos:

"La sentencia es violatoria de la ley sustantiva en virtud de una interpretación errónea de la misma ley, consistente en haber interpretado que el artículo 2357 del Código Civil sólo da lugar a la reducción de la apreciación del daño, cuando el que lo ha sufrido se expuso a él por temeridad o arrojo, lo que es evidentemente erróneo, ya que la disposición citada dice: 'se expuso a él imprudentemente,' y la imprudencia no equivale a temeridad. Temerario es el que se arroja al peligro conocido, provocándolo, verbigracia, si el chofer hubiera convenido con el maquinista en lanzar un vehículo contra el otro, o si habiendo visto la locomotora desembarcar por la recta se hubiera lanzado a ganarle el paso, exponiéndose así conscientemente a una muerte cierta. Imprudente es el que se coloca en circunstancias que, aun cuando no han de dar por resultado necesariamente un daño, puede producirse éste, verbigracia, el que anda por las carrileras de los ferrocarriles o el que se asoma a un precipicio sin necesidad."

"El Tribunal da esta interpretación a la disposición citada en la sentencia diciendo:

"Se concluye de lo expuesto que no hay prueba de que Vélez se hubiese expuesto imprudentemente al peligro. La expresión imprudencia parece tomarla la ley en el sentido de temeridad, en el artículo 2357. La expresión **exponerse imprudentemente**, vale por **arrojo o temeridad**, y ya antes había planteado así la cuestión: '¿puede decirse que Vélez se expuso imprudentemente al peligro, a fin de reducir la indemnización que debe pagarse, dado el tenor del artículo 2357 del Código Civil?'; y toda la argumentación del fallo tiene por eje la idea de que esta disposición se refiere a temeridad o arrojo, al emplear la palabra 'imprudentemente,' argumentación con la cual llega a la conclusión de que 'lo único que podría servir de prueba a la imprudencia de Vélez sería haber dado la locomotora, al entrar a la recta, diversos pitazos, que Vélez hubiera percibido en forma que hubiese habido temeridad de su parte, por haberse dado cuenta del peligro.'

"Esta interpretación errónea condujo al Tribunal a dejar de aplicar el artículo 2357, para ordenar la reducción, violando así también dicha disposición, la cual es evidentemente aplicable al caso del pleito.

"Si el Tribunal le hubiera dado al artículo la interpretación correcta, habría tenido que examinar si estaba probado que el chofer Vélez había obrado con prudencia cuando lo sorprendió el accidente, y habría encontrado de una parte la prueba de que en el paso a nivel faltaba el guardavías, y que la locomotora no llevaba farola encendida, que fue lo que sirvió de base para condenar al Ferrocarril al pago de la indemnización; pero, de la otra parte, habría encontrado que Vélez verificaba un viaje nocturno en un camión dañado, que sufrió un accidente en el camino. (Declaraciones de Tulio Ruiz, folios 21 y 27 vuelto; Clotilde Zapata, folio 16; Ramón Vanegas, folios 49, 54 y 55, y Pablo Restrepo, folio 15 vuelto). Estas circunstancias, es decir, hacer un viaje de noche en una máquina dañada, lo que era ya una imprudencia, le imponen al chofer Vélez como medidas de elemental prudencia, el deber de tomar precauciones especiales en el camino, principalmente al llegar a la zona peligrosa del cruce con el ferrocarril, acerca de que no había el más mínimo peligro de pasar en dicho carro, en esos momentos, la línea del ferrocarril, y el actor debió probar que si se tomaron dichas precauciones, tanto porque así se lo imponía su calidad de actor, según los artículos 542 y 543 del Código Judicial, como porque la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, conforme al artículo 1604 del Código Civil, y al aceptar el Tribunal en su sentencia, que Vélez no se expuso imprudentemente al peligro, no existiendo tal prueba, y no obstante las alegaciones de la parte demandada, violó las disposiciones que se acaban de citar, aplicables al caso del pleito.

"Debéis, en consecuencia, casar la sentencia acusada por esta causal."

Se observa:

"El concepto del Tribunal que motiva este cargo, es de este tenor:

"Se concluye de lo expuesto que no hay prueba de que Vélez se hubiera expuesto imprudentemente del (sic) peligro. La expresión **imprudencia** parece tomarla la ley en el sentido de temeridad, en el artículo 2357. No es lo mismo el descuido o la imprevisión que la imprudencia: la expresión **exponerse imprudentemente**, vale por **arrojo o temeridad**."

En sentir del recurrente, este concepto del Tribunal, de que la expresión **exponerse imprudentemente**, usada en el artículo 2357 del Código Civil, vale por **exponerse temerariamente**, interpreta erróneamente tal artículo, restringiendo su sentido, porque el término **imprudencia** tiene un sentido más lato que el de temeridad.

Pero, en el caso que contempla el citado artículo 2357, quien se expone imprudentemente a un peligro, ejecuta un acto temerario, y en conformidad con la definición que de este vocablo trae el Diccionario de la Lengua, es lo mismo que decir "que se expone y arroja a los peligros sin meditado examen de ellos."

Sin embargo, la cuestión no ha de concretarse a este terreno, toda vez que la conclusión a que llegó el Tribunal de que no hay prueba de que Vélez se hubiera expuesto imprudentemente al peligro, tiene por base un detenido estudio de las pruebas que obran en el proceso.

Aunque el recurrente anota como una imprudencia del chofer Vélez hacer un viaje de noche en una máquina dañada, sin tomar precauciones especiales, como no se ha demostrado ni resulta de autos que el accidente que causó la muerte de dicho chofer ocurriera por mal estado de la máquina que él manejaba, la cuestión que

aquí se plantea está fuera de lugar, pues todo se reduce a examinar si es o no fundada la afirmación de que el chofer Vélez se expuso imprudentemente al peligro por haber viajado de noche por una vía pública, cruzando necesariamente la carrilera que la atraviesa, a una hora en que, según el itinerario del Ferrocarril, no era de temerse el paso de una locomotora; y sin que hubiera nada que pudiese hacer sospechar siquiera que en esos momentos pudiera pasar tal máquina por allí. El Tribunal, como se ha visto en la parte de la sentencia que motiva este cargo, se pronuncia en sentido contrario, fundándose, entre otras razones, en las siguientes conclusiones a que llegaron los peritos que actuaron en la inspección ocular practicada en la segunda instancia:

"a) Que la recta que existe del cruce en dirección a Caldas es de 162 metros, la cual recorre una máquina, a velocidad ordinaria, en 19 segundos;

"b) Que a haber llevado la máquina su farola encendida, se habría iluminado el cruce durante 19 segundos; tiempo demasiado suficiente para frenar un automóvil y para que el chofer comprendiese un peligro inminente; que un automóvil a velocidad normal puede pararse en un trayecto menor de diez metros;

"c) Que si la locomotora no llevaba la farola encendida, hubo responsabilidad completa por parte de la empresa en el siniestro; mientras al contrario, si hubiera llevado la farola encendida, habría habido un serio descuido de parte del chofer que debió observar la iluminación de la carrilera con tiempo suficiente para detener el carro;

"d) Que un camión de pasajeros, según su tamaño, puede pasar por una carrilera, a velocidad de treinta kilómetros en un segundo o en menos; pero que nunca cruzan los choferes una línea férrea a esa velocidad por el fuerte choque que produce en las ruedas del automóvil o camión; que habiendo observado en la inspección el paso de automóviles o camiones, éstos gastan para cruzar la carrilera, unos tres segundos;

"e) Que un camión que sube una pendiente hace bastante ruido, mientras que una locomotora que desciende hace poco ruido; y que como el camión subía y la locomotora bajaba, es razonable aceptar que el ruido producido por el motor del camión no le permitió a Vélez percibir el ruido de la locomotora oportunamente;

"f) Que dada la topografía del terreno, no es posible ver una máquina que descienda de Caldas sino a una distancia muy corta del punto del cruce, distancia insuficiente para frenar un camión."

De todo lo que antecede rectamente se deduce que no es erróneo el concepto del Tribunal de que no es el caso de hacer la reducción de que trata el artículo 2357 del Código Civil, porque no resulta del proceso que el mencionado chofer se expusiera imprudentemente al peligro en que pereció, aun tomando la voz imprudencia en su más amplio significado, mas sin llegar al extremo de considerar como tal el transitar por la vía pública, cruzando la carrilera que la atraviesa, en horas que no son de peligro, y sin que haya nada ni nadie que advierta la existencia de éste a los transeúntes. De lo dicho resulta igualmente infundado este cargo.

V

"La sentencia acusada—dice este último cargo—es violatoria de ley sustantiva por este otro motivo: por cuanto se condenó al demandado a pagar una suma mayor

de tres mil pesos, más los intereses legales desde el día de la notificación al deudor, de la cesión del derecho litigioso hecha a Marta Vélez, omitiendo darle aplicación al artículo 1971 del Código Civil, no obstante haberse hecho la cesión antes del fallo de segunda instancia y ante el mismo Tribunal, siendo dicha disposición aplicable al caso del pleito.

"La cesión fue hecha cuando ya habían pasado las oportunidades de alegar en el juicio, creando la imposibilidad física de hacer valer la disposición citada antes del fallo del Tribunal, pero que éste estaba obligado a aplicar."

Termina el recurrente este cargo pidiendo se condene a su representado, a lo más, al pago de la suma de tres mil pesos, más los intereses legales, a contar desde el día de la notificación de la cesión del derecho litigioso; y aun a menos, si la Corte considera que hay lugar a la reducción, de acuerdo con el artículo 1971 del Código Civil.

Para resolver se considera:

En una hoja suelta, que no se halla incluida en las doscientas seis hojas que en cuatro cuadernos remitió a esta Superioridad el Secretario del Tribunal de Medellín como constitutivas de este expediente, aparece un escrito que dice: señor Magistrado (sic):

"Yo, Juan de J. Vélez....., a usted manifiesto:

"Cedo el derecho litigioso que persigo en el juicio que adelanto contra el Ferrocarril de Amagá, hoy de Antioquia, por la muerte que le causó a mi hijo Antonio Vélez una de las locomotoras de esa empresa, a la señorita Marta Vélez V., en la suma de tres mil pesos que tengo recibidos de la cesionaria.

"Sirvase declararla subrogada en el derecho cedido.

"Medellín, septiembre 18 de 1929.

"Juan de J. Vélez

"Acepto la cesión.

"Marta Vélez V.

"Presentado el diez y ocho de septiembre de 1929.

Berrio, Secretario."

Sobre este escrito no hay ninguna actuación del Tribunal, y, por otra parte, en la sentencia recurrida no se hace ninguna declaración a favor de Marta Vélez V., que es quien allí figura como cesionaria; pero, para desechar este cargo, basta decir que, como no existe ninguna constancia de que ese escrito lo remitiera el Tribunal sentenciador como parte integrante de este proceso, la Corte no puede tomarlo en cuenta para fallar este proceso, y no hay por tanto lugar a considerar si es o no el caso de darle aplicación al artículo 1971 del Código Civil, que el recurrente estima violado por el Tribunal.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a casar la sentencia recurrida, dictada en el presente juicio por el Tribunal Superior de Medellín el dos de noviembre de mil novecientos veintinueve.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

El señor Anacleto Aguirre se presentó ante el señor Gobernador de Caldas pidiéndole que se adelantaran las diligencias legales para obtener, a título de colono, la adjudicación de un lote de terreno situado en el Municipio de Calarcá.

Se opuso oportunamente el señor José Joaquín Escobar, por lo cual el señor Gobernador ordenó la remisión del expediente al señor Juez del Circuito de Calarcá (artículo 79 del Código Fiscal).

Ante éste formalizó Escobar la oposición y pidió se declarase:

“Primero. Que no es baldío el terreno que Anacleto Aguirre ha denunciado con ese carácter ante el señor Gobernador de este Departamento de Caldas, terreno que se halla situado en este Municipio, en el paraje de La Esmeralda, y denominado La Esmeralda, comprendido por los siguientes linderos:

‘De la unión de las quebradas El Venado y La Esmeralda, ésta arriba, a un mojón en el lindero con Jeremías Zapata; de aquí, línea recta, a otro mojón, lindando con el mismo Zapata; síguese a un mojón en la vega del pisamo, linderos con terrenos del mismo Zapata; vega abajo, hasta otro mojón en el lindero con propiedad de Manuel Alzate o Froilano Orozco; síguese una línea lindando con el mismo, a salir al camino del Darién; camino arriba, a otro mojón, en el lindero con propiedad de Víctor Alzate; síguese una línea a otro mojón en el lindero con el mismo Alzate; síguese lindando con propiedad de Manuel María Sabogal, hasta la quebrada El Pital; ésta abajo, lindando con propiedad de Jesús Martínez y Wenceslao Castro; síguese de travesía lindando con los mismos, a encontrar una chamba; síguese a encontrar el lindero de Ernesto y Arcesio Aristizábal, hasta la quebrada de El Venado; quebrada abajo, a los encuentros de la quebrada La Esmeralda, punto de partida.’

“Segundo. Subsidiariamente: que si ese terreno, alinderado en el punto anterior, es baldío, se declare por usted que yo tengo derecho a que se me adjudique, a título de colono, la mitad de ese terreno, y la otra mitad al demandado señor Aguirre.

“Tercero. Demando las costas del juicio si se sostiene, por el demandado, por ser evidente la temeridad.”

Indicó como hechos fundamentales, los siguientes:

“1º El señor Anacleto Aguirre denunció como baldío, pidiendo la adjudicación para sí, ante el señor Gobernador de este Departamento, el siguiente globo de terreno, denominado La Esmeralda, ubicado en este Municipio, y por los linderos que quedan enumerados en el punto primero de la parte petitoria de esta demanda.

“2º A dicha solicitud me opuse por memorial del 21 de agosto de 1924, por lo que el señor Gobernador, por auto de siete de febrero último, ordenó la remisión del expediente al Juzgado de Circuito de este Municipio, para su decisión.

“3º El terreno que queda alinderado en el punto primero de la parte petitoria de esta demanda, le fue ad-

judicado al señor Pascual Aguirre por el Concejo Municipal de Calarcá, por Resolución número 77, de primero de diciembre de mil novecientos ocho, adjudicación que reposa en el Ministerio de Industrias.

“4º Ese terreno lo vendió el adjudicatario Pascual Aguirre a Francisco Aguirre y Jenaro Aguirre, por escritura número ciento cuarenta, otorgada en este Municipio, el nueve de octubre de mil novecientos once, habiéndolo comprado los dos últimos Aguirres por iguales partes.

“5º Jenaro Aguirre me vendió la mitad de ese terreno, o sea la parte toda que había comprado a Pascual, por escritura número mil trescientos veinticinco, otorgada en el Municipio de Armenia el primero de diciembre de mil novecientos veintidós.

“6º Francisco Aguirre le vendió a Anacleto Aguirre, mi demandado, su parte, o sea la mitad, por escritura número ciento noventa y cinco, otorgada en este Municipio, el cuatro de junio de mil novecientos diez y siete, donde se dejaron a salvo los derechos de mi vendedor Jenaro Aguirre.

“7º Desde mucho antes de Jenaro Aguirre comprar a Pascual Aguirre la mitad del terreno, había estado cultivándolo junto con su vendedor Pascual Aguirre, como consta en la escritura de venta hecha por éste a Pascual.

“8º Después de escriturado el terreno, Jenaro Aguirre siguió cultivándolo hasta el año de mil novecientos diez y nueve, en que por desavenencias con Anacleto Aguirre dejó a éste el terreno a condición de que lo cultivara para ambos.

“9º Jenaro Aguirre trabajó en ese terreno hasta fines del año de mil novecientos diez y nueve, como dueño y señor, de tal modo que con él se entendían todos los trabajadores, habiendo plantado en ese lapso bastante café y haber hecho otras mejoras consistentes en casa de habitación y sementeras.

“10. Anacleto Aguirre sólo entró a la finca en el año de 1917, en que compró a Francisco Aguirre.

“11. En virtud de haber dejado a Anacleto Aguirre como recomendado de la mitad de la finca mi vendedor Jenaro Aguirre, aquél, Anacleto, se ha querido llamar dueño de toda la finca.”

Aguirre, por conducto de apoderado, rechazó la oposición; y seguido el juicio del caso, el señor Juez 2º del Circuito de Calarcá, en sentencia de trece de diciembre de mil novecientos veintiséis, resolvió no ser el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda.

Apeló la parte demandante y el Tribunal Superior de Pereira, en sentencia de veintitrés de marzo de mil novecientos veintiocho, decidió lo siguiente:

“1º No resultaron probadas las excepciones propuestas por Anacleto Aguirre o su apoderado.

“2º Se confirma la sentencia que motivó el recurso de apelación, con la aclaración o reforma de que sí es baldío el terreno solicitado por Anacleto Aguirre y a que se ha contraído este juicio, debiéndosele dar el curso a la adjudicación solicitada; y

“3º Se condena en costas al apélante señor José J. Escobar.”

Este señor interpuso recurso de casación, el cual se admite por hallarse en las condiciones legales.

Por las causales 1º y 2º se impugna la sentencia.

La segunda se hace consistir en que ni el demandante ni el demandado pidieron se declarase que es baldío el terreno y que se resolviese acerca del curso que debía darse al asunto, una vez decidido por el Poder Judicial el litigio; de donde se sigue que hubo exceso en la sentencia al resolver lo que resolvió sobre el particular.

Estima la Corte que, en el fondo no existe el exceso acusado en lo tocante al pronunciamiento de que es baldío el terreno. Se demandó la declaración de que dicho terreno no es baldío y el Juez la negó. Por lo que en este caso significan gramaticalmente las dos negaciones, quedó establecido que el terreno sí es baldío. Es inútil el aditamento que puso el sentenciador de segunda instancia; pero no constituye un exceso en el fallo.

Sucede lo mismo en lo que mira a la declaración de que se le debe dar curso a la adjudicación. Tal declaración es inoficiosa, pero no ilegal, porque es una consecuencia rigurosa del fallo adverso, de la oposición.

Por primera causal se le hacen numerosas acusaciones a la sentencia, ya de violaciones de la ley, ya de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

En primer lugar, se anota que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de la adjudicación provisional expedida a favor de Pascual Aguirre y violó directamente el artículo 11 de la Ley 36 de 1907.

El recurrente compendió así su pensamiento:

"No se debe perder de vista a este respecto, que las adjudicaciones o repartición del globo de tierra cedido por la Nación a la Municipalidad de Calarcá estaban sometidas a un régimen especial, distinto del establecido para la adjudicación de terrenos baldíos de la Nación. Respecto de éstos regía la Ley 56 de 1905, que si exigía, además de la adjudicación provisional, una adjudicación definitiva, emanada del Ministerio de Obras Públicas. Pero, como lo reconoce el Tribunal, la adjudicación solicitada por el señor Pascual Aguirre necesariamente tiene que regirse por la Ley 36 de 1907."

Se considera:

El artículo 11 de la Ley 36 de 1907 cedió a la Municipalidad de Calarcá, para repartirlo entre los pobladores del Municipio y sus Corregimientos, un globo de tierra alindado en el mismo artículo, cuyo párrafo único es de este tenor:

"El Ministro de Obras Públicas reglamentará la manera de hacer las adjudicaciones de que trata este artículo y expedirá los títulos definitivos de cada adjudicación."

Efectivamente, el Ministerio expidió la reglamentación, mediante Resolución de dos de enero de 1908. (número 13168 del Diario Oficial, correspondiente al 14 de enero del propio año). En ella se establece que el Concejo haga las adjudicaciones provisionales en un libro que abrirá al propósito (artículo 12); este libro había de ser remitido al Ministerio de Obras Públicas "para que quede allí archivado y se le expida a cada adjudicatario el certificado correspondiente, que deberá ser registrado en la oficina de registro de instrumentos públicos que corresponda" (artículo 15).

El Concejo de Calarcá le hizo una adjudicación provisional a Pascual Aguirre del lote a que se refiere la presente controversia, el primero de diciembre de mil novecientos ocho, la cual lleva el número 77 y fue registrada en mil novecientos doce.

El Tribunal expuso que semejante resolución del Concejo no adquiría, por el solo hecho de registrarse, el carácter de verdadero título traslativo de dominio, porque éste, de acuerdo con el artículo 11 de la citada Ley 36 de 1907, "sólo venía a constituirlo la adjudicación definitiva que se hiciera por el señor Ministro de Obras Públicas en el expediente respectivo, cuya copia expedida en legal forma servía de título adquisitivo de dominio sobre la propiedad del terreno adjudicado."

Para la Corte, el sentenciador no incurrió en el error de derecho que se le atribuye. El párrafo del artículo 11 de la Ley 36 de 1907 estableció que el Ministerio de Obras Públicas debía expedir los títulos definitivos de cada adjudicación; luego la hecha por el Concejo era provisional y no se consolidaba sino mediante la expedición del título definitivo. No existe, pues, la violación de este artículo en el sentido que se apunta.

Dice, en segundo término, el recurrente que el Tribunal incidió en un error de hecho en la apreciación de la resolución de primero de diciembre de mil novecientos ocho, o de la copia de ella que figura en el proceso; esto porque de la circunstancia de que la resolución de que se trata no constituye título traslativo de dominio, dedujo que cuando Pascual Aguirre expuso en la escritura número 140, de 9 de octubre de 1911, que transfería la propiedad cuya adjudicación apenas se había solicitado, sólo tenía en tal terreno una expectativa de derecho.

Tampoco se advierte aquí el error evidente de hecho, pues, como acaba de decirse, la resolución del Concejo no era el título definitivo, y no siéndolo, aún le faltaban a Pascual Aguirre unos actos (la obtención del título definitivo y su registro) con el fin de que su derecho fuera completo y adquirido. Analizando la noción de derecho adquirido, en contraposición a la expectativa de derecho, ha declarado la Corte Plena que cuando la ley exige una serie de actos sucesivos para la obtención de un derecho, éste no se adquiere mientras tales actos no se hayan realizado en su totalidad (sentencia en la demanda sobre inexequibilidad de la Ley 84 de 1927 y el Decreto número 150 de 1928). Además, el error, de haberlo, sería de derecho y no de hecho.

Agrega el recurrente que, aunque la Ley 36 de 1907 no definió de manera expresa la situación jurídica del colono en relación con el terreno ocupado, de sus disposiciones se desprendía que tal situación era muy distinta de aquella de quien sólo tiene una expectativa de derecho. Pero adviértase que si la misma ley exigía que fuera el Ministerio de Obras Públicas quien expidiera el título definitivo, antes de su expedición no era dueño el adjudicatario. El artículo 11 de la citada Resolución ministerial calificaba de provisional la diligencia de adjudicación hecha por el Concejo.

Se acusa, en cuarto término, la violación de los artículos 1º de la Ley 61 de 1874; 1º de la Ley 84 de 1882 y 1º del Decreto número 832 de 1884.

Establecían tales disposiciones que los individuos que ocuparan tierras incultas de la Nación adquirirían derecho de propiedad sobre el terreno que cultivaran y que la ley mantiene el principio de que la propiedad de las tierras baldías se adquiría por el cultivo, cualquiera que fuera su extensión.

Estas disposiciones, en sentir del autor del recurso, no dejan duda sobre el particular: lo que los cultivadores

adquirían en virtud de ellas, no eran débiles esperanzas, sino un derecho de propiedad incorporado en su patrimonio.

Empero, las disposiciones de que se trata no se podían tomar aisladamente, o sea con prescindencia de otras que exigían la adjudicación por el Gobierno, o la posesión dada por una autoridad competente; han de ser entendidas, por tanto, en el sentido de que conferían al cultivador un derecho preferencial a la adjudicación, observando las prescripciones legales, derecho que para convertirse en derecho *in re* necesitaba de ciertas formalidades. Véanse los artículos 3° y siguientes del mencionado Decreto número 832. No prospera el cargo.

Otras acusaciones consisten en la infracción directa de los artículos 1° y 2° de la Ley 56 de 1905, porque tales disposiciones son tan claras como las anteriormente citadas, en el sentido de que el colono no tenía una expectativa sino un derecho adquirido.

Considera la Corte que es aplicable a estos artículos la interpretación dada al examinar el cargo precedente. Prueba de ello es que el artículo 3° de la Ley 56 establecía que el Ministerio de Obras Públicas era el que debía expedir el título de propiedad de adjudicación de bienes baldíos, y el artículo 4° aludía al procedimiento para la adjudicación de los que ocupaban los cultivadores o colonos.

En sexto lugar, expone el recurrente:

"Si, pues, Pascual Aguirre cuando otorgó la escritura número 140, de 9 de octubre de 1911, era propietario del terreno a que esa escritura se refiere, ya en virtud de la adjudicación hecha en su favor por el Concejo Municipal de Calarcá, de acuerdo con la Ley 36 de 1907, ya en su carácter de colono, no es cierto que, como afirma el Tribunal, ese terreno fuera baldío y por lo mismo Pascual no hubiera tenido derecho de enajenarlo. Si el terreno era de propiedad particular, es claro que no era baldío; y Pascual podía venderlo, como lo hizo, porque pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no está prohibida por la ley, según dice el artículo 1866 del Código Civil. El Tribunal, al no entenderlo así, violó directamente esta disposición."

Como la acusación se apoya en dos supuestos de hecho que ya se dejaron confutados, resulta improcedente la alegada violación del artículo 1866 del Código Civil.

Se increpa el quebrantamiento de los artículos 765 y 766 de este Código, porque si Pascual Aguirre era dueño del terreno, ya por la adjudicación que le hizo el Concejo, ya en virtud de las disposiciones citadas antes, tenía título justo de propiedad. Mas a este cargo ha de darse la misma respuesta que al anterior: no procede por hallarse fundado en supuestos de hecho no comprobados.

En octavo lugar se arguye que el Tribunal, apoyado en una ley posterior, desconoció derechos reales adquiridos bajo leyes anteriores, con lo cual quebrantó el artículo 31 de la Constitución y el 28 de la Ley 153 de 1887.

Se explica así el recurrente:

"El derecho de propiedad que Pascual Aguirre tenía en 1911 sobre el terreno a que se refiere la escritura número 140, había sido adquirido bajo el imperio de las Leyes 56 de 1905 y 36 de 1907. Es cierto que estas leyes fueron derogadas expresamente por el artículo 450 del Código Fiscal de 1912, al cual pertenecen los artículos 65 y siguientes que el Tribunal cita. Pero de acuerdo con el

artículo 31 de la Constitución Nacional, los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, y según el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra."

Se observa:

El Tribunal se apoyó en la legislación anterior al Código Fiscal de 1912 para llegar a la conclusión de que Pascual Aguirre no era dueño del terreno ni en virtud de disposiciones de dicha legislación, ni por obra de la adjudicación provisional que le hizo el Concejo. Por tanto, al citar las disposiciones del artículo 65 y siguientes y razonar desde el punto de vista de ellas, no vulneró derecho alguno adquirido. El Tribunal dijo que la adjudicación se regía por la Ley 36 de 1907; pero examinó el punto a la luz de las disposiciones generales y de ambas maneras admitió que Pascual Aguirre no era dueño del terreno.

En noveno lugar, se acusa la violación del artículo 65 del Código Fiscal de 1912, porque el Tribunal desconoció que la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados.

Ya se explicó el sentido de este principio, que igualmente traían las legislaciones anteriores. Disposiciones posteriores, como el artículo 1° de la Ley 71 de 1917 y el artículo 3° de la Ley 85 de 1920, no permiten dudar de que el cultivador necesita conseguir título para lograr el dominio. No se acepta, pues, el cargo.

En décimo lugar, se afirma que "el Tribunal, al tener en cuenta la declaración de Pascual Aguirre y darle preferencia sobre lo que él mismo había dicho en la escritura número 140, incurrió en un error de derecho en la apreciación de esas pruebas y violó directamente los artículos 599 y 606 del Código Judicial y 1759 del Código Civil."

Se considera:

Pascual Aguirre declaró en la primera instancia que Anacleto y Francisco Aguirre han sido los únicos dueños de la finca de La Esmeralda, la misma que hoy se litiga con José J. Escobar, la cual hizo medir el testigo por encontrarse enfermos los dueños y en calidad de recomendado de ellos; que más tarde le otorgó escritura de una parte a Jenaro Aguirre para que éste a su vez se la otorgara a Anacleto, pues éste ha sido el ocupante de dicha finca y quien ha puesto las mejoras que hoy existen y permanecido en la posesión desde hace más de treinta años; y que Jenaro Aguirre es un joven de unos veinticinco años, poco más o menos, y en 1911 era menor de edad "y no era para recibir o contratar."

Pascual Aguirre fue el vendedor a Anacleto, y su testimonio es tachable en virtud de lo dispuesto en el numeral 7° del artículo 599 del Código Judicial. Empero, estatuye el artículo 648 *ibidem* que las tachas por falta de imparcialidad hay que alegarlas y probarlas, lo que aquí no se hizo; por donde se ve que no resulta acreditado este aspecto de la acusación.

Por medio de la escritura número 140, otorgada en Calarcá el nueve de octubre de mil novecientos once, Pascual Aguirre les vendió a Francisco y Jenaro Aguirre el lote de terreno de La Esmeralda, declarando que dicho lote había sido mejorado por el vendedor y los compradores. Esta aseveración hace fe contra Pascual Aguirre y los compradores, al tenor de lo dispuesto en el ar-

título 1759 del Código Civil. Por consiguiente, no era el caso de admitir el dicho de Pascual acerca de que el autor de las mejoras era Anacleto; y el Tribunal, al dar preferencia a la declaración sobre la escritura, incidió en el yerro que se le imputa. Sin embargo, esto por sí sólo no constituye motivo para la anulación del fallo, como que él está igualmente fundado en otras declaraciones, y así importa examinar los cargos contra éstas.

Para ello, prescindiendo de la acusación marcada con el número XI, se examinarán en conjunto las contenidas en los números XII, XIII y XIV, que encierran una sola de carácter complejo.

Sostiene, pues, en compendio, el recurrente lo que sigue:

El Tribunal apreció dos grupos de declaraciones, uno de cada parte, y dio preferencia a las del demandado, según las cuales fue Anacleto Aguirre el plantador de las mejoras. De conformidad con el artículo 75 de la Ley 105 de 1890, el sentenciador debió atenerse a los dichos de aquellos testigos que, según la crítica legal, entendiéren la verdad o se acercan más a ella. La crítica legal ordena dar preferencia a las atestaciones de las escrituras públicas sobre los testimonios de los deponentes; y como en la referida escritura número 140 se dice que Jenaro Aguirre fue uno de los que mejoraron el lote de La Esmeralda, es claro que los testigos que declararon acerca de esto mismo, dicen la verdad o se acercan más a ella. De aquí las infracciones del mentado artículo 75, de los artículos 681 y 706 del Código Judicial y de los artículos 1759 y 1765 del Civil.

La Corte estima fundado el cargo, porque si, como ya se vio, en la escritura número 140 se afirma que Jenaro Aguirre fue uno de los que pusieron mejoras en el lote y si el instrumento público hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo con tal que tenga relación directa con lo dispositivo, no era dable hacer caso omiso de esta enunciación obligatoria para las partes; y teniendo presente, como era de rigor, había que concluir que los testigos que depusieron acerca de que Jenaro Aguirre había plantado mejoras, decían la verdad o se acercaban más a ella. Lo cual no quiere decir que Anacleto Aguirre, de su lado, no hubiera también establecido cultivos.

Por tanto, es preciso casar en esta parte la sentencia.

Para resolver en instancia se considera:

El demandado propuso la excepción de "nulidad de los títulos o del contenido de los títulos escriturarios que presentó el opositor para fundar sus pretensiones."

No es nulo el contrato contenido en la escritura número 1325, de primero de diciembre de mil novecientos veintidós, otorgada ante el Notario de Armenia, porque él se refiere a la venta del lote de mejoras y no del terreno en donde ellas estaban puestas. Así se colige de la lectura atenta del instrumento y lo entendió la Corte al decidir el recurso de casación relativo al juicio divisorio ventilado entre las mismas partes (sentencia de primero de diciembre de mil novecientos treinta).

Cuanto a la nulidad del contrato de la escritura número 140, de nueve de octubre de mil novecientos once, pasada en la Notaría de Calarcá, en lo tocante a la venta del terreno, no podría ser declarada por no haber sido demandados los que en él intervinieron. De suerte que las excepciones alegadas no prosperan.

Queda el opositor Escobar como dueño de la mitad de las mejoras, que éstas sí pueden cederse por el cultivador. Por tanto, hay que disponer que en la adjudicación que pretende Anacleto Aguirre es necesario reconocerle a aquél su derecho a la mitad de que se trata. Es aplicable al caso el artículo 10 de la Ley 71 de 1917. En esta forma se hará el pronunciamiento solicitado en la petición subsidiaria del libelo de demanda (artículo 273 del Código Judicial).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa de manera parcial la sentencia a que se refiere el presente recurso, o sea en cuanto confirma íntegramente la del Juez, y en su lugar resuelve:

1º Se reforma el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal en el sentido de declarar, como se declara, que de la adjudicación del terreno baldío que pretende Anacleto Aguirre debe ser excluida la extensión que corresponde a la mitad de las mejoras que pertenecen a José J. Escobar, a quien se le reserva el derecho de solicitar el título.

2º De la sentencia del Tribunal queda vigente la parte que confirma lo sentenciado por el Juez en relación con la petición del número 1º del libelo de demanda, "con la aclaración o reforma de que sí es baldío el terreno solicitado por Anacleto Aguirre y a que se ha contraído el juicio, debiéndosele dar el curso a la adjudicación solicitada" de la manera dicha en el memorial que precede.

3º Queda igualmente vigente esta declaración: "No resultaron probadas las excepciones propuestas por Anacleto Aguirre o su apoderado."

4º Como consecuencia de la casación parcial, se revoca el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal y se declara que no es el caso de condenar a José J. Escobar en las costas de la segunda instancia.

Sin costas en el presente recurso.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, dos de septiembre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez 1º del Circuito de Guaduas el señor Luis Felipe Marroquín estableció demanda ordinaria contra la iglesia de Guaduas, representada por el señor Arzobispo de Bogotá; contra Segundo Pérez, la herencia del señor Jenaro Rodríguez, representada por su cónyuge sobreviviente, señora Engracia Forero, y los herederos legítimos Bernabé y Cristina Rodríguez, y contra los señores Georgina Vanegas, Salustiano Castro y Clara Barragán, para que con citación y audiencia de los demandados se declarase que tiene mejor derecho que ellos al dominio y tenencia de un predio situado en el plan de la población de Guaduas, y cuyos linderos expresó en el libelo.

Luégo reformó esta demanda especificando los lotes que de este terreno poseía cada uno de los demandados, y como el recurso de casación sólo se refiere a los que ocupan Salustiano Castro y la sucesión de Jenaro Rodríguez, a ellos se contraerán las respectivas transcripciones.

Dijo así el actor en la reforma:

"4° Que la herencia del señor Jenaro Rodríguez, que se halla ilíquida, representada por su cónyuge sobreviviente, señora Engracia Forero, y por sus hijos legítimos Bernabé y Cristina Rodríguez, está en la obligación de entregarme, dentro del término que fija el artículo 870 del Código Judicial, el lote de tierra de mi propiedad, por estar comprendido dentro de la alindación del globo deslindado en el punto primero de esta demanda y que dicha herencia ocupa, por los siguientes linderos: por el Norte, con el cementerio de esta ciudad, por una cerca de alambre, hasta el río Guadual; por el Sur, con el camellón principal que gira para Honda; por el Oriente, el camelloncito del cementerio de por medio, con propiedad del vendedor; y por el Occidente, con el río Guadual, quedando encerrado el lote que vende entre los linderos expresados."

"6° Que el señor Salustiano Castro está en la obligación de entregarme, dentro del término que fija el artículo 870 del Código Judicial, el lote de terreno de mi propiedad, por estar comprendido dentro de los linderos del globo de tierra deslindado en el punto primero de esta demanda, el cual ocupa dicho señor por los linderos siguientes: por el frente colinda con el camellón que conduce de esta ciudad para Honda, y mide catorce metros y cincuenta centímetros; por el Occidente colinda con terreno del vendedor, y mide trece metros; por el Sur colinda con terreno del vendedor, y mide catorce metros; y por el Oriente colinda también con terreno del vendedor, y mide catorce metros."

"8° ... Que los demandados están en la obligación de pagarme o restituirme, desde el día en que se notifique esta demanda, los frutos civiles o naturales de las porciones o lotes que respectivamente ocupan cada uno de los demandados y que pertenecen al globo de terreno deslindado en el punto primero de esta demanda y por los linderos ya determinados en cada uno de los puntos anteriores.

"9° Que dentro del término que usted señale o que la ley determine, se me debe entregar el predio que reivindico, juntamente con los frutos naturales y civiles de dicho inmueble; y

"10. Que se condene a los demandados al pago de las costas del juicio."

Invoca el demandante para sustentar sus peticiones los Títulos VI y XII, Capítulo 1° del Libro II del Código Civil, artículo 1874 de dicho Código, y los hechos siguientes:

1° Por escritura pública número 27 de 16 de febrero de 1897, otorgada ante el Notario de esta ciudad, que acompaño en copia debidamente registrada, el señor Patricio Rubio adquirió de la señora Soledad Acosta de Samper el terreno y manga que reivindico, por los linderos que constan en dicha escritura, y que son los contenidos en la primera declaración de esta demanda.

2° Por escritura pública número 239, de fecha 6 de octubre de 1904, otorgada ante el Notario de esta ciudad,

que acompaño debidamente registrada, se protocolizó el juicio de sucesión del señor Patricio Rubio Barrios, en cuya partición se adjudicó a la señora Alejandrina Rubio de Bohórquez, entre otros bienes, el lote de tierra o mangas que el causante Patricio Rubio había adquirido de la señora Soledad Acosta de Samper, por los mismos linderos insertos en la primera declaración de esta demanda.

3° Por escritura pública número 187 de fecha 17 de noviembre de 1918, otorgada en la Notaría de esta ciudad, que acompaño en copia debidamente registrada, la señora Alejandrina Rubio de Bohórquez, con autorización de su esposo y previa la licencia que le concedió el Tribunal Superior de Cundinamarca, me vendió el lote de terreno o mangas expresadas, por los linderos insertos en la primera declaración de esta demanda.

4° El señor Patricio Rubio Barrios no dispuso durante su vida del terreno o mangas que adquirió de la señora Soledad Acosta de Samper, y por esta razón fue inventariada dicha finca en la sucesión de dicho señor y adjudicada a la señora Alejandrina Rubio de Bohórquez, quien me la vendió, y es por consiguiente de mi propiedad, pues la transferencia o transmisión legal de tal inmueble es la dicha, según aparece del certificado expedido por el registrador de instrumentos públicos y privados de este Circulo, expedido el día quince de febrero de este año, y que fue acompañado a la demanda; y

5° Los títulos por medio de los cuales los demandados han adquirido los lotes de tierra que respectivamente ocupan y que unidos forman la finca que reivindico, tienen una procedencia de venta de cosa ajena, la cual no vale y es nula cuando el dueño no la ratifica y por el contrario hace valer sus derechos ante la justicia."

Contestaron los demandados la demanda rechazando las pretensiones del actor; aceptando unos hechos, negando otros, y opusieron la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, y la extintiva.

Habiendo desistido el actor de las acciones instauradas contra la iglesia de Guaduas y contra Georgina Vanegas, la sentencia recayó sobre los puntos de la demanda que quedaron, los cuales fueron resueltos así:

"1° El demandante Luis Felipe Marroquín tiene mejor derecho que los demandados Segundo Pérez, Salustiano Castro y Clara Barragán, al dominio, propiedad y tenencia del inmueble demarcado en el punto primero de la parte petitoria de la demanda.

"2° El demandado Segundo Pérez está obligado a entregar al demandante Luis Felipe Marroquín, dentro del término fijado en el artículo 870 del Código Judicial, los dos lotes de terreno determinados y demarcados en el punto tercero de las peticiones de la demanda.

"3° El demandado Salustiano Castro está obligado a entregar dentro del mismo término al demandante Luis Felipe Marroquín el lote de terreno demarcado en el punto sexto de la parte petitoria de la demanda.

"4° La demandada Clara Barragán está en la obligación de entregar al mismo demandante Luis Felipe Marroquín y dentro del mismo término anteriormente señalado, el lote de terreno determinado y demarcado en la séptima petición de la demanda.

"5° Los tres demandados anteriormente mencionados, están en la obligación de pagar o restituir a Luis Felipe Marroquín los frutos civiles y naturales de las porciones o lotes de terreno a que se refieren las anteriores declaraciones, desde la contestación de la demanda en ade-

lante, cada uno en lo referente al lote o lotes de terreno que se les ha demandado, y según el valor que en juicio separado se establezca.

"6° No es el caso de hacer la declaración pedida contra la herencia de Jenaro Rodríguez en el punto cuarto de las peticiones de la demanda, ni la pedida contra la misma sucesión en la primera de dichas peticiones, por no haberse acreditado la personería sustantiva de los demandados en calidad de herederos del citado Jenaro Rodríguez; y por la misma razón no se hace contra dicha herencia la condenación accesoria pedida en el punto octavo de la parte petitoria de la demanda; y

"7° No se condena en costas a los demandados."

Sólo el demandante y el señor Salustiano Castro apelaron del fallo anterior, y el Tribunal Superior de Bogotá desató la controversia en los siguientes términos:

"1° Confirmase el numeral tercero de la parte resolutive, o sea en lo referente al demandado Salustiano Castro.

"2° Revócase el numeral sexto de la citada sentencia, y en su lugar condénase a la sucesión de Jenaro Rodríguez, representada por sus herederos Bernabé Rodríguez y Cristina Rodríguez, a restituir a Luis Felipe Marroquín, dentro del término fijado en el artículo 870 del Código Judicial, un lote de tierra, parte del de mayor extensión adquirido por Marroquín de Alejandrina Rubio de Bohórquez, según escritura pública otorgada en Guaduas el 17 de noviembre de 1918, bajo el número 187, ubicado en la población nombrada, y así alinderado, según el libelo de la demanda: 'Por el Norte, con el cementerio de esta ciudad, por una cerca de alambre, hasta el río Guadual; por el Sur, con el camellón principal que gira para Honda; por el Oriente, el camelloncito del cementerio de por medio, con propiedad del vendedor; y por el Occidente, con el río Guadual, quedando encerrado el lote que vende entre los linderos expresados.' Esta restitución se ordena por tener Luis Felipe Marroquín mejor derecho que la herencia de Jenaro Rodríguez sobre el expresado lote y sobre el globo de mayor extensión a que se refiere la demanda.

"3° La herencia de Jenaro Rodríguez, representada como se ha dicho, queda en la obligación de pagar o restituir al demandante Luis Felipe Marroquín los frutos naturales o civiles del terreno deslindado en el punto anterior, desde la contestación de la demanda hasta el día de la entrega. Estos frutos se justipreciarán en juicio separado.

"4° Ninguna condenación se hace en contra de Engracia Forero; en consecuencia se le absuelve de la demanda.

"5° Declárase no probada la excepción de prescripción ordinaria extintiva y adquisitiva propuesta por los demandados, a que se contrae este fallo.

"6° Confirmase el numeral séptimo de la misma sentencia, o sea en lo referente a costas.

"7° Tampoco hay costas en el recurso."

El personero de la sucesión de Jenaro Rodríguez, de la cónyuge sobreviviente Engracia Forero y de Salustiano Castro, interpuso contra la providencia anterior recurso de casación que la Corte admite por estar ajustado a las prescripciones legales, y procede a resolver en el fondo.

Alega el recurrente la segunda causal de casación por los siguientes motivos:

1° Porque no se falló sobre la excepción perentoria de demanda hecha en forma indebida y de la ilegitimidad de la personería de la sucesión de don Jenaro. Quiere decir el recurrente que no fue probada la calidad de herederos de Jenaro Rodríguez que tuvieran los demandados Bernabé y Cristina Rodríguez, las cuales fueron demandadas como representantes de la sucesión, porque dice que la prueba aducida al respecto no vino al proceso como lo manda la ley.

A este reparo basta observar que el recurrente cita como apoyo de su acusación el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, según el cual, cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia. Ahora bien, la excepción de que se trata no fue propuesta en la oportunidad legal, desde luego que en la contestación de la demanda nada se dijo, ni en la primera mitad del término probatorio, y es bien sabido que la segunda causal de casación en lo referente a excepciones, sólo se justifica cuando se ha prescindido de fallar sobre las que han sido oportunamente alegadas (artículo 2° de la Ley 169 de 1896).

De otro lado el recurrente arguye que ha sido mal apreciada la prueba que acredita la calidad de herederos que sus representados tienen respecto de Jenaro Rodríguez, y la prueba de que sea hija de Patricio Rubio la señora Alejandrina del mismo apellido; y estas tachas se refieren no a la segunda sino a la primera causal de casación.

Segundo motivo. La sentencia declaró, dice el recurrente, lá nulidad de los títulos de sus poderdantes, o, partiendo de ese supuesto, las condenó a devolver los lotes que se reivindicán, sin haberse pedido tal declaración de nulidad, por lo cual hubo una decisión en la sentencia que no fue materia de la demanda (artículo 835 del Código Judicial).

Observa la Corte que no hay declaración alguna sobre nulidad de los títulos de los demandados; lo que hizo el sentenciador fue darle preferencia a los presentados por el actor, que proceden del verdadero dueño, sobre los exhibidos por aquéllos, cuyo origen es la venta de una cosa ajena, que vale, según el artículo 1871 del Código Civil, pero sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, mientras no se extingan por la prescripción.

Tercer motivo. Se queja el recurrente de que la sentencia hubiera guardado silencio sobre la excepción de inepta demanda que dice alegó, ante el Tribunal, por la acumulación indebida de acciones que usó el demandante, pues en un mismo libelo demandó de diversas personas la reivindicación de distintos lotes.

El fallo, agrega, nada dice sobre este punto del debate, que encerraba implícitamente la excepción de inepta demanda, por haberla hecho de modo indebido, y violó por tanto el Tribunal los artículos 787, 835 y 479 del Código Judicial.

A este cargo se responde que no habiéndose ventilado la excepción dilatoria correspondiente en oportunidad, no era el caso de resolver de fondo el punto a que el recurrente se refiere.

Cuarto motivo. Dice el autor del recurso que los demandados denunciaron el pleito a sus vendedores, y que éstos se presentaron; que en la demanda corregida nada se pidió contra ellos, y a pesar del derecho que tenían los denunciantes, nada se dijo con relación a los de-

mandados. El objeto de la denuncia, continúa exponiendo el recurrente, es hacer que el vendedor comparezca a defender la cosa para efectos de la evicción. Los artículos 1899 del Código Civil y 954 del Judicial, señalan las consecuencias de la denuncia. Este dice que si el denunciado se presenta haciéndose parte, se seguirá con él el juicio; luego este punto tiene que ser materia de decisión. De todo esto concluye el recurrente que como no se puede hacer declaración contra el vendedor, porque no ha sido pedida, y como al condenar al comprador a devolver la cosa, tácitamente se vence a aquél, sin haber sido oído y vencido, sin haber sido condenado, se impone también la absolución del comprador demandado.

Del razonamiento anterior parece deducirse que el autor del recurso entiende que cuando se denuncia un pleito, hay que reformar la demanda para dirigirla contra el denunciado a fin de que sea éste el absuelto o el condenado en el fallo. Pero si ese es el concepto del autor del recurso, está en un error, pues lo que dice el artículo 1899 del Código Civil es que el comprador a quien se demanda la cosa vendida por causa anterior a la venta, deberá citar al vendedor para que comparezca a defenderla; lo que quiere decir que justificada la denuncia y aceptado como parte el vendedor, a él se le oye para la defensa de la cosa vendida; pero el fallo tiene que recaer necesariamente sobre el demandado poseedor de la cosa que se reivindica.

Primera causal.

El Tribunal conviene que el lote que se reivindica de la sucesión de Jenaro Rodríguez, por haber sido adquirido durante la existencia de la sociedad conyugal formada entre Rodríguez y Engracia Forero, pertenecía a la expresada sociedad, de modo que la demanda debía instaurarse contra ésta y no contra la sucesión del primero; pero luego expone que habiéndose dirigido la demanda contra la sucesión sin que sus representantes hubieran propuesto tacha alguna cuando se les notificó el libelo, y bien al contrario lo contestaron como si la herencia fuera la poseedora, la sucesión se ha hecho responsable de la restitución del lote, de conformidad con los artículos 279 y 280 del Código Judicial.

El recurrente alega que se ha violado el artículo 279 de ese Código por cuanto según el Tribunal los demandados han debido dirigirse contra la sociedad conyugal, y como la ignorancia de la ley no sirve de excusa, quien incurre en error de derecho, obra con mala fe comprobada, demandando a quien sabe que no tiene la cosa en su poder, y no puede imponerse la sanción de ese artículo, que como toda pena es de interpretación restrictiva y en sentido favorable al demandado.

Para resolver se considera:

El demandante en el hecho 5º de la demanda hace referencia a los títulos por medio de los cuales los demandados adquirieron los lotes de tierra que son materia de la reivindicación para argüir que tienen una procedencia de cosa ajena.

El título número 35, de 22 de febrero de 1904, otorgado en Guaduas, por el cual los esposos Jenaro Rodríguez y Engracia Forero compraron el fundo que se reivindica de la sucesión, fue presentado por la cónyuge Engracia Forero al contestar la demanda primitiva antes

de que el actor la reformara, concretando su acción al lote de que trata ese título, y allí la demandada expresó que ese lote había sido poseído por ella y por los herederos de su marido Jenaro Rodríguez.

Ahora bien, conociendo como conocía ese título el actor, que demuestra el dominio de una sociedad conyugal, hubo error de derecho al demandar a la sucesión ilíquida de Jenaro Rodríguez, que no era la poseedora de la cosa que se reivindica, error que constituye presunción de mala fe, como lo dispone el artículo 768 del Código Civil.

Por lo mismo hubo indebida aplicación del artículo 279 del Código Judicial y debe casarse la sentencia en cuanto condena a la sucesión de Jenaro Rodríguez, al tenor de la demanda.

Como el recurrente alega por sus dos representados, que son la herencia de Jenaro Rodríguez y el señor Salustiano Castro, precisa estudiar los reparos que hace a los títulos del actor, en lo que a Castro se refieren.

Al estudiar los títulos presentados por los herederos de Jenaro Rodríguez y por Salustiano Castro, dice el Tribunal:

"José María Bohórquez, careciendo de todo derecho para ello, por escritura número 138 de 10 de agosto de 1903, otorgada en la Notaría del Circulo de Guaduas, le vendió a los esposos Isidoro Bernal y Salvadora Rubio el dominio y propiedad del globo de tierra comprado por Patricio Rubio a la señora Soledad Acosta de Samper y adjudicado el año de 1904, en la sucesión del primero, a la señora Alejandrina, esposa de José María.

"De esta suerte don José María realizó una venta de cosa ajena, operación que de acuerdo con el artículo 1871 del Código Civil es válida contra toda persona, a excepción del verdadero dueño, cuyos derechos no sufren mengua, mientras no se extingan por el lapso de tiempo, es decir, por la prescripción, bien sea ella ordinaria o extraordinaria.

"Por manera que en concordancia con este principio legal, no porque José María Bohórquez vendiera el globo de tierra que al tiempo de ese acto pertenecía a la sucesión ilíquida de Patricio Rubio, y después se adjudicó a Alejandrina Rubio de Bohórquez, perdieron aquélla y ésta el derecho de dominio, el cual con todo siguió lo mismo que antes figurando en el patrimonio de ambas."

2º Alega el recurrente contra esta parte del fallo la primera causal de casación, y sostiene que el Tribunal violó los artículos 791, 2526, 759 y 1748 del Código Civil, porque, en su concepto, para poder establecer los sucesores de Alejandrina Rubio la acción reivindicatoria, debieron pedir previamente la nulidad de la venta hecha por José María Bohórquez, según lo establece el artículo 1748 del Código Civil, porque es la nulidad judicialmente declarada lo que da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, y como dicha nulidad es relativa, el Juez no podía declararla sin audiencia de las partes que intervienen en el contrato, tanto para que pudieran defenderse como para que la sentencia las comprendiera y tornara las cosas al estado anterior.

Se considera:

La teoría que el recurrente apunta es inexacta, porque si se ha vendido una cosa ajena, el dueño de ella, para establecer la acción reivindicatoria, no tiene porqué demandar la nulidad del contrato de compraventa, ni podrá hacerlo, porque esa venta es válida. Lo que ocurre

es que tal venta no puede perjudicar sus derechos, ni lo priva del dominio, el cual puede hacer valer contra el comprador o contra los sucesores de éste, estableciendo, al efecto, la respectiva acción reivindicatoria.

3º Continúa el Tribunal estudiando los títulos de la sucesión de Jenaro Rodríguez y de Salustiano Castro, y dice:

"Por instrumento 342, de fecha veinte de noviembre del año de mil novecientos tres, también otorgada en Guaduas, folios 121 a 123 del cuaderno principal, Isidoro Bernal y Salvadora Rubio le vendieron a Domingo Chavarro el mismo globo que les había vendido a ellos José María Bohórquez.

"Chavarro, a su turno, vendió a los esposos Jenaro Rodríguez y Engracia Forero una porción de aquel globo, la misma que ahora se le reclama a la sucesión del primero (véase la escritura pública número 35 de febrero de 1904, folios 27 a 29 ibidem).

"Otra porción se la vendió a Rosalbina Rubio, por escritura 146 de 18 de agosto de 1908, folios 93 a 95, y Rosalbina al actual demandado Salustiano Castro, según escritura número 171 de fecha 17 de diciembre de 1917, folios 96 y 97.

"Es claro que todas estas ventas estaban viciadas desde su origen, pues mientras el derecho de propiedad de Alejandrina Rubio de Bohórquez no se extinguiera por la prescripción ordinaria o extraordinaria, ganada por los sucesores singulares de José María Bohórquez, ella estaba capacitada para reivindicar las dos porciones de tierra como partes integrantes de un todo mayor de que es dueña."

Combate el recurrente este concepto y dice que conforme al artículo 778 del Código Civil, desde 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, y que esa es también la doctrina del artículo 2521 del mismo Código; luego sus clientes podían alegar la posesión de Domingo Chavarro y de Rosalbina Rubio, pero no otra; de manera que es falso que todas las ventas estuvieran viciadas desde su origen, y por consiguiente los sucesores de José María Bohórquez sí podían ganar por prescripción ordinaria la propiedad de sus fincas a partir de la inscripción de sus títulos y la de su antecesor, títulos que no estaban viciados y cuya nulidad no ha sido declarada ni solicitada.

Peca pues este razonamiento del Tribunal contra los artículos 778, 2521 y 1748 del Código Civil.

Considérase:

Este cargo depende de la mala inteligencia que el recurrente ha dado a los términos viciados desde su origen que el Tribunal emplea para decir que los títulos de los demandados procedían de una venta de cosa ajena, y, por lo mismo, no eran óbice para que el verdadero dueño pudiera establecer con éxito la acción reivindicatoria. El Tribunal no ha dicho que por ser nulos los títulos no pudiera fundarse en ellos la prescripción. El párrafo siguiente, que omitió copiar el autor del recurso en la transcripción que combate, demuestra lo que quiso decir el sentenciador. El párrafo es éste:

"En consecuencia, la prescripción ordinaria es la única defensa, y como la propusieron, procede a examinarla."

Respecto de la nulidad de los títulos ya se ha visto que el Tribunal no la ha declarado.

4º Dice el autor del recurso que si los esposos Bohórquez-Rubio (y consta que no está demostrado que lo sean), habían perdido el dominio de la finca por prescripción ordinaria y no entregaron al comprador la posesión material, le faltaron a este contrato requisitos esenciales. Por eso el demandante carece de la acción que ha intentado, por lo que la sentencia es violatoria de los artículos 785, 2526 y 2637 del Código Civil.

Como se ve, este cargo presupone que esté probada la prescripción ordinaria, lo que es materia de acusación separada, que se estudiará oportunamente.

El Tribunal llega a la conclusión de que está probado el dominio de los lotes materia del pleito, mediante la siguiente relación de los títulos del actor:

"Por escritura pública número 17, de fecha 16 de febrero de 1897, otorgada en la Notaría del Círculo de Guaduas, el señor Jesús Rubio, obrando como apoderado de la señora Soledad Acosta de Samper, le transfirió al señor Patricio Rubio, a título de venta, la propiedad de un terreno ubicado en aquella población, y así demarcado: 'por el Sur, partiendo desde el puente que queda sobre el río Guadual, camellón arriba, hasta la esquina de la casa en que vive hoy Dolores Rubio; por el Oriente, de esta esquina al río San Francisco, colindando, calle de por medio, con tierras de Florentino Guzmán; por el Norte, río San Francisco, hasta dar con la manga de las Juntas, y sigue con éstas a dar al cementerio; sigue con el cementerio, hasta dar con el río Guadual; éste arriba, hasta el punto citado como primer lindero.'

"La venta comprendió, pues, el lote demarcado en la petición primera de la demanda. En la partición de bienes pertenecientes a la sucesión de Patricio Rubio, se le adjudicó el mencionado globo de tierra a la señora Alejandrina Rubio de Bohórquez, según así consta en la copia traída de la escritura número 239, de 6 de octubre de 1904, folios 5 a 9 del cuaderno principal, copia contentiva de la hijuela correspondiente. En el año de 1918, con fecha 17 de noviembre, la señora Alejandrina Rubio de Bohórquez, autorizada por su esposo señor José María Bohórquez, y con la licencia judicial correspondiente, le vendió a Luis Felipe Marroquín el mismo globo de tierra, advirtiendo la primera que no hacía la entrega material de lo vendido, por encontrarse la finca en poder de terceros, pero cedía la facultad de reclamarla. Estos títulos son los que fundamentan la acción de dominio instaurada. En la inspección ocular practicada, con intervención de peritos en el término de prueba de la primera instancia del juicio, establecióse que los lotes reclamados a la sucesión de Jenaro Rodríguez y a Salustiano Castro, demarcados respectivamente en los puntos cuarto y sexto del capítulo petitorio del libelo, hacen parte del globo de tierra comprado por Luis Felipe Marroquín a los esposos Rubio-Bohórquez, por estar ambos dentro de los linderos atrás expresados (folios 18 vuelto a 20 del cuaderno de pruebas del demandante, en primera instancia)."

Luégo niega la excepción de prescripción ordinaria opuesta por los demandados, por las razones que se transcriben en seguida:

"Para acreditar la posesión material en que han estado los demandados y sus causahabientes singulares, desde los señores Isidoro Bernal y Salvadora Rubio, primitivos compradores, trajéronse al debate tanto en

primera como en segunda instancia, un número plural de declaraciones de testigos. Empero, aun cuando la prueba que éstos arrojen sea plena, nada se habrá adelantado, si de otro lado la posesión aparece interrumpida por cualesquiera de las causas legales. Y esta última circunstancia concurre en el presente caso. En efecto, la señora Alejandrina Rubio de Bohórquez, dueña del todo mayor que integran los lotes, poseídos por los herederos de Jenaro Rodríguez y por Salustiano Castro, es mujer casada con el señor José María Bohórquez; ella, autorizada por su marido, vendió, como antes viose, a Luis Felipe Marroquín, el diez y siete de noviembre de mil novecientos diez y ocho. De consiguiente, únicamente desde ese día empezó a correr la prescripción, debido a que por pertenecer el derecho de dominio a una mujer casada, la prescripción encontrábase suspendida, conforme al inciso 1° del artículo 2530 del Código Civil."

Alega el recurrente la primera causal de casación por haber incurrido el Tribunal en error de hecho y de derecho al considerar como probado el que Alejandrina Rubio de Bohórquez era mujer casada, lo que le sirvió para deducir que la prescripción ordinaria con que los demandados se defendieron, había sido suspendida en favor de dicha señora, al tenor de lo que preceptúa el artículo 2530 del Código Civil. Pero el hecho del matrimonio no está demostrado en el expediente, dice el autor del recurso, ya que no puede tomarse como prueba la licencia que a los esposos José María Bohórquez y Alejandrina Rubio dio el Tribunal para vender al demandante las tierras en que están comprendidos los lotes que se litigan. De esa autorización no se deducen ni las condiciones ni la época en que el matrimonio se verificó, ni tampoco tal licencia porque sería copia de copia. Considera por lo tanto violados en la sentencia los artículos 346, 347, 348, 349, del Código Civil; 22 de la Ley 57 de 1887; 79 de la Ley 153 de 1887, y 2530 del Código Civil, éste último por indebida aplicación al caso del pleito.

Estima la Corte que en verdad no se trajo al juicio la prueba que echa menos el recurrente, o sea la partida de origen civil o eclesiástico que compruebe el matrimonio de José María Bohórquez y Alejandrina Rubio, o las supletorias en su caso, para poder afirmar que se suspendió la prescripción en favor de dicha señora por estar bajo la potestad marital. De la licencia judicial obtenida en 1918, aun suponiendo que pudiera considerarse como prueba, no puede inferirse la época en que se verificó el matrimonio, para llegar a concluir que la prescripción que estuvieran ganando los demandados se había suspendido en favor de Alejandrina Rubio.

Por tanto está justificado el reparo del recurrente cuanto al error de hecho evidente en que incurrió el sentenciador al afirmar que es mujer casada la señora Rubio, sin figurar en los autos la prueba respectiva, y prospera la acción en cuanto a la indebida aplicación del artículo 2530 del Código Civil, que señala a las personas en cuyo favor se suspende la prescripción.

Debería, pues, casarse la sentencia en cuanto falla adversamente la excepción de prescripción por haberse suspendido ésta en favor de Alejandrina Rubio causante del actor; pero la Corte llega a las mismas conclusiones del Tribunal respecto de Salustiano Castro, por cuanto

éste no ha demostrado la posesión material de sus antecesores y la suya por el lapso de diez años que es el término que la ley requiere para que se consume la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio.

En efecto, Salustiano Castro obtuvo el lote que de él se reivindica por escritura pública que le otorgó la señora Rosalbina Rubio bajo el número 171 ante el Notario de Guaduas el 17 de diciembre de 1917.

Los testimonios presentados en la primera instancia para demostrar la posesión material en que estuvieron durante el tiempo requerido por la ley los aspirantes a la prescripción, fueron desechados por el Juez a causa de no haber determinado los declarantes los lotes a que sus testimonios se referían.

De los testigos presentados en la segunda instancia, sólo Próspero Rivera Tijero declara en 1929 que ha visto hacer más de veinte años a Domingo Chavarro, Rosalbina Rubio y a Salustiano Castro ejerciendo respectivamente actos de dominio sobre el lote que del último se reivindica. El testimonio de Nicolás Hincapié, que declara también en 1929, apenas habla de la posesión de Salustiano Castro hace unos diez años, desde que le compró el lote referido a Rosalbina Rubio, y como esta compra fue hecha en 1917, y la demanda se notificó en enero de 1921, es evidente que no aparece de este testimonio comprobada la posesión de diez años con anterioridad a la notificación de la demanda. Un solo testigo, que es Rivera Tijero, no puede servir para fundar la excepción de prescripción opuesta como defensa por Salustiano Castro.

En razón de 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, casa la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el veinte de mayo de mil novecientos veintinueve, en cuanto revoca el numeral sexto de la sentencia de primera instancia y condena a la sucesión de Jenaro Rodríguez, al tenor de la demanda y en cuanto declara no probada la excepción de prescripción ordinaria opuesta por los representantes de dicha sucesión por no ser el caso de declararla, y en su lugar absuelve a dicha sucesión de los cargos de la demanda.

La parte vigente de la sentencia del Tribunal, con las correcciones que impone la casación, queda así:

"Primero. Confírmase el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, o sea en lo referente al demandado Salustiano Castro.

"Cuarto. Ninguna condenación se hace en contra de Engracia Forero; en consecuencia, se le absuelve de la demanda.

"Declárase no probada la excepción de prescripción ordinaria extintiva y adquisitiva propuesta por el demandado Salustiano Castro.

"Sexto. Confírmase el numeral séptimo de la misma sentencia, o sea en lo referente a costas.

"Séptimo. Tampoco hay costas en el recurso."

En los anteriores términos queda reformada la sentencia de primera instancia.

Sin costas.

TANCREDO NANNETTI — Manuel Vicente Jiménez.
Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

El Juez 3° del Circuito de Buga dio traslado a los co-participes en la sucesión del señor Teodoro Quintero Varela del trabajo de distribución y adjudicación de los bienes de dicha sucesión. Oportunamente el apoderado de uno de los interesados hizo a dicho trabajo varias objeciones que en su mayor parte fueron acogidas por el Juez; pero el Tribunal Superior de Buga, al revisar por apelación la providencia del Juez, declaró infundadas tales objeciones y aprobó la partición en fallo de veintisiete de agosto de mil novecientos treinta. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de uno de los interesados, recurso que la Corte admite y procede a resolver.

En la demanda de casación se alegaron las causales primera y segunda.

Causal segunda.

Antecedentes. En la partición de los bienes de las sucesiones acumuladas de los señores Tiberio Quintero y Elena Trujillo de Quintero, que se protocolizó por medio de la escritura número seiscientos diez (610), de fecha veintinueve de abril de mil novecientos veintisiete, Notaría quinta de Bogotá, registrada en el Libro 2° de la Oficina de Registro del mismo Circuito, aparece que a la señora Isabel Quintero, esposa de Teodoro Quintero (acta de matrimonio, folio 2°, cuaderno número 1°), se le adjudicó lo siguiente:

"Por su porción hereditaria.. . . . \$	1,076 15
"Para reembolsarla de las deudas pagadas.. . . .	5,347 70
"Para cubrirle los derechos comprados. .	1,076 15
<hr/>	
"Total.. . . . \$	7,500 00"

En pago de dicha hijuela se adjudicó a la nombrada señora de Quintero en pleno dominio y propiedad, la casa baja de tapia y teja, junto con el lote de terreno en que está edificada, situados en la esquina que forman la calle 18 y la carrera 5° de la ciudad de Bogotá, por los linderos determinados en la escritura antes citada, y por el total del avalúo dado a dicha casa en el inventario de las sucesiones ya mencionadas, que fue el de siete mil quinientos pesos moneda corriente.

En los inventarios del haber de la sociedad conyugal formada por el matrimonio del causante Teodoro Quintero con Isabel Quintero Trujillo, se incluyó la casa número 191 de la calle 18 de Bogotá, antes citada, por el avalúo pericial de once mil pesos (\$ 11,000). El apoderado del cónyuge sobreviviente objetó el inventario por aquella inclusión y por otros motivos. El Juez rechazó las objeciones y el Tribunal confirmó esta decisión. Después, en el traslado del trabajo del partidor, el comprador o cesionario de los derechos del cónyuge sobreviviente objetó la partición por motivos que pueden sintetizarse así: porque en la liquidación de la sociedad conyugal Quintero-Quintero, de que se trata, no se dedujo como bien propio del cónyuge sobreviviente, señora Isabel Quintero de Quintero, la casa número 191 de la calle 18 de Bogotá, de acuerdo con la hijuela formada

en la partición de los bienes de las sucesiones acumuladas de Tiberio Quintero y Elena Trujillo de Quintero, que es un título traslativo de dominio, al tenor del artículo 765 del Código Civil; que para no respetar el partidor ese título habría sido preciso que se hubiera tachado de falsa la cuenta de partición en que tal título se formó, se hubiera declarado así en sentencia y se hubiera traído a los autos prueba de este fallo; cosa que no aparece, y que por consiguiente lo hecho por el partidor al respecto constituye un atentado contra los legítimos derechos del cónyuge sobreviviente, a quien, sin el juicio previo que exige el artículo 1388 del Código Civil, se le trata de arrebatar el dominio de un inmueble con el simple formulismo de una cuenta de partición. El Tribunal rechazó la objeción anterior con otras en la sentencia que es materia del recurso, reproduciendo lo que había dicho al rechazar la misma objeción opuesta al inventario y a la liquidación de los derechos del Lazareto, y que en lo pertinente dice:

"... Y en cuanto a la deducción de los gananciales que a cada cónyuge corresponden, se han observado las disposiciones contenidas en el título del Código Civil que trata de la sociedad conyugal. Por esto, la casa de Bogotá que se adjudicó a la señora Quintero viuda de Quintero por \$ 7,500, para pagarle su haber hereditario y cubrirle los derechos comprados, no es un bien raíz aportado por ella al matrimonio, conforme al ordinal 6° del artículo 1781 del Código citado, ya que en tal bien sólo le correspondió por herencia, un derecho de \$ 1,076-15, sino que el exceso corresponde a la sociedad, al tenor de lo dispuesto en el ordinal 5° del mismo artículo; y si se incluyó en los inventarios el crédito a favor de la sucesión y a cargo de la señora Quintero viuda de Quintero, el señor Administrador subalterno de Hacienda Nacional, liquidador del impuesto, no podía hacer otra cosa que deducirlo, como lo manda la ley. Otra cosa será que, por no aparecer que el dinero suministrado por Teodoro Quintero para el pago de las deudas, derechos o impuesto de Lazaretos, en las sucesiones acumuladas de los padres de su mujer, fuese exclusivamente suyo y no de la sociedad, tenga la señora Quintero viuda de Quintero derecho para hacer algún reclamo antes de hacerse la partición; pero esto no es punto que deba ni pueda solucionarse en el incidente de que se viene hablando."

Alegando el recurrente la causal segunda, sostiene que la sentencia aprobatoria de la partición no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los interesados en el juicio de sucesión de Teodoro Quintero Varela, de que se trata, porque desde el incidente de inventarios, dice, que es una etapa del juicio, lo mismo que el de la partición, todos los interesados manifestaron la voluntad o intención de respetar a la señora Isabel Quintero viuda de Quintero, cónyuge sobreviviente, la adjudicación que se le hizo en la sucesión de sus padres de la casa número 191 de la calle 18 de Bogotá, mediante el pago de la compensación de valores invertidos en aquella adquisición, o sea, del reconocimiento del crédito por \$ 4,800 inventariado con tal objeto como lo dispone el artículo 1801 del Código Civil. Que no obstante haber vuelto a plantear el problema el cónyuge sobreviviente en la contestación de la demanda de partición, continúa el autor del recurso, el Tribunal rechazó tal intención o voluntad.

Se considera:

Aunque se admitiera que en los incidentes de que trata el recurrente fuera la oportunidad de plantear cuestiones como la de que él trata, es lo cierto que no aparece que en ellos hubieran convenido los interesados en este juicio que se respetara íntegramente la adjudicación que se hizo al cónyuge sobreviviente en la sucesión de sus padres. Si ese convenio estuviera probado, al no tenerlo en cuenta el Tribunal con la aprobación de la partición, no habría por ello incurrido en incongruencia por defecto ni por exceso, que es materia de la causal segunda, sino en errores de hecho o de derecho al no tener en cuenta esa prueba o no haberla apreciado de acuerdo con la ley, lo que únicamente da cabida a la causal primera, que también se ha alegado, y se pasa a estudiar.

Sobre los antecedentes ya expuestos e invocando la causal primera, el recurrente ataca la sentencia que aprobó la partición como violatoria de los artículos 1312—inciso 2º—y el artículo 1759 del Código Civil. El primero, porque da derecho a intervenir en el inventario y reclamar contra él, entre otras personas, al cónyuge sobreviviente, y el Tribunal le negó ese derecho a la señora Isabel Quintero viuda de Quintero, no obstante haber manifestado su apoderado al tiempo del inventario hecho en Bogotá, que la casa número 191 de la calle 18, de la misma ciudad, era propiedad exclusiva de la misma señora por habersele adjudicado en la sucesión de sus padres; de haber exhibido su recomendado en aquella diligencia la escritura número 610 de veintinueve de abril de mil novecientos veintisiete, otorgada en la Notaría quinta de Bogotá, debidamente registrada, en que consta tal adjudicación, y no obstante también haber objetado la partición por esa causa. Que al aprobar el Tribunal la partición sin reconocer ese derecho exclusivo del cónyuge sobreviviente, violó igualmente el artículo 1759 del Código Civil, porque desconoció el mérito probatorio de aquel título de dominio de dicha finca; sin que sea inconveniente para que el Tribunal revise el fallo de que se trata, el hecho de haberse negado el punto en las objeciones al inventario y a la partición, porque según jurisprudencia de la Corte, el fallo es comprensivo de todo el debate.

Se considera:

Aun cuando el cónyuge sobreviviente tuviera derecho para objetar el inventario por haberse incluido en él la porción hereditaria que le había sido adjudicada en las sucesiones de Tiberio Quintero y Elena Trujillo, conforme a la hijuela contenida en la escritura número 610 de veintinueve de abril de mil novecientos veintisiete, Notaría quinta de Bogotá, es lo cierto que quedaron ejecutoriados los autos que rechazaron esa objeción y por consiguiente el punto no puede ser considerado en casación sino como objeción a la partición que es materia de los cargos siguientes, porque son las ejecutorias de las objeciones a la partición las que no impiden el recurso de casación, pero no las que provengan de objeciones a los inventarios. El cargo es, pues, inadmisibles en cuanto a los inventarios se refiere.

Cargos 2º y 3º Violación de los artículos 765—inciso 3º,—1394, 1400, 1401, 1801 del Código Civil y 831 del Código Judicial.

Respecto de estos cargos dice el recurrente que al aprobar el Tribunal el trabajo del partidor en que no

tuvo en cuenta la hijuela de adjudicación hecha al cónyuge sobreviviente en las sucesiones acumuladas de sus padres que consta en la escritura número 610 de veintinueve de abril de mil novecientos veintisiete, Notaría quinta de Bogotá, violó directamente la primera de las disposiciones que se acaban de citar, porque dicha hijuela es un título traslativo de dominio a favor del cónyuge sobreviviente que el Tribunal destruyó permitiendo que se le desconociera lo que ya se le había adjudicado en otras sucesiones; los artículos 1394, 1400, 1401, inciso 1º y 1405 del Código Civil, en cuanto garantizan la eficacia de la partición aprobada por sentencia ejecutoriada, mientras aquella no sea rescindida o anulada conforme a la ley; el artículo 831 del Código Judicial, en cuanto garantiza también la fuerza de la cosa juzgada; y el artículo 1801 del Código Civil, en cuanto esta disposición dejaba en firme para la señora de Quintero la adquisición total de la casa de la calle 18 de Bogotá, mediante las compensaciones o abonos de que habla esta disposición; procedimiento que implica—dice el autor del recurso—enorme injusticia para el cónyuge, si se tiene en cuenta que se hizo figurar a cargo del expresado cónyuge un crédito por el valor precisamente de las adquisiciones hechas por él para la sociedad conyugal Quintero-Quintero.

Como los cargos anteriores están íntimamente ligados con el cargo relativo al crédito de cuatro mil ochocientos pesos (\$ 4,800), inventariado y adjudicado a cargo del cónyuge sobreviviente, es preciso considerarlos conjuntamente. En este último cargo considera el recurrente que el Tribunal violó los artículos 180 y 1801 del Código Civil, por error de hecho y de derecho en la apreciación de los inventarios y avalúos y de otras piezas del proceso al aprobar la partición con la inclusión a cargo del cónyuge sobreviviente del crédito por cuatro mil ochocientos pesos (\$ 4,800), porque si este crédito procedía de gastos hechos en la adquisición de derechos hereditarios pertenecientes al cónyuge sobreviviente, Isabel Quintero de Quintero, en la sucesión de sus padres, como así se hizo constar en la imputación que se le dio en el inventario (folio 17, cuaderno número 1º), la erogación respectiva fue hecha durante la sociedad conyugal Quintero-Quintero, y por consiguiente a ella pertenecía y no a la sucesión de Teodoro Quintero; que por lo mismo no tenía por qué figurar a favor de dicha sucesión sino cuando más en una mitad, según jurisprudencia de la Corte establecida en fallo de cuatro de septiembre de mil novecientos veintitrés (Gaceta Judicial número 1554). Que por virtud de los errores anteriores el Tribunal violó no solamente las disposiciones antes citadas, sino que virtualmente desconoció la hijuela del cónyuge sobreviviente que se le había formado en la sucesión de sus padres, porque al inventariar dicho crédito por cuatro mil ochocientos pesos (\$ 4,800), a cargo del cónyuge sobreviviente, se quiso hacer constar claramente que se hacía de este modo por vía de compensación de la adquisición en la casa número 191 de la calle 18 de Bogotá y de las deudas pagadas, compensación que se destruyó quitándole la casa que se le había adjudicado en las sucesiones acumuladas de los padres del expresado cónyuge, dejando subsistente a la vez el crédito a su cargo, lo que además de constituir una expoliación, va contra la igualdad, que es el alma de la partición, y viola también las disposiciones del Título 10 del Libro 3º del Código Civil, especialmente los artículos 1391, 1392 y 1394, inciso 1º y reglas 7ª y 8ª

Observa la Corte que los tres cargos en síntesis consisten en que por la partición de los bienes del matrimonio Quintero-Quintero se desconoció al cónyuge sobreviviente, Isabel Quintero de Quintero, la hijuela total de adjudicación que se le formó en las sucesiones acumuladas de sus padres por sentencia ejecutoriada que no se ha invalidado, y que además de eso se adjudicó al mismo cónyuge el crédito por cuatro mil ochocientos pesos (\$ 4,800) que se inventarió con el propósito claro de compensar a la sociedad Quintero-Quintero los valores invertidos en la adquisición de bienes y de gastos de que trata dicha hijuela, con violación de las disposiciones que cita el recurrente.

Se considera:

En cuanto el partidor distribuyó como bienes de la sociedad Quintero-Quintero el valor de la cuota adquirida por Isabel Quintero de Quintero en las sucesiones acumuladas de sus padres, de que trata la hijuela contenida en la escritura número 610 de veintinueve de abril de mil novecientos veintisiete, Notaría quinta, y el valor de las sumas invertidas por el mismo cónyuge en el pago de deudas, sin que previamente se rescindiera o anulara aquella hijuela, no violó el Tribunal, al aprobar tal distribución, las disposiciones legales que cita el recurrente, porque, como lo dice el sentenciador, las cuotas que se adjudicaron al cónyuge sobreviviente en la casa número 191 de la calle 18 de Bogotá, procedentes de bienes adquiridos por él en las sucesiones de sus padres y pago de unas deudas, pertenecían a la sociedad conyugal, conforme al numeral 5° del artículo 1781 del Código Civil, por haber sido adquiridas dichas dos cuotas por el cónyuge Isabel Quintero de Quintero, a título oneroso durante su matrimonio con Teodoro Quintero, y por consiguiente la distribución de ellas en el haber de la sociedad conyugal Quintero-Quintero, no necesitaba de anulación alguna previa desde el momento que la ley dice a quién pertenecen adquisiciones en esa forma. De modo que en ese punto no son fundados los cargos que el recurrente hace a la sentencia aprobatoria de la partición, por habersele desconocido al cónyuge sobreviviente la hijuela que se le formó en las sucesiones acumuladas de sus padres. Otro tanto ocurre respecto del cargo por la cuota de mil setenta y seis pesos quince centavos (\$ 1,076-15), procedente de los derechos hereditarios propios del cónyuge, adjudicados en tales mortuorias, conforme a la misma hijuela, porque el partidor separó dicha cuota al liquidar la sociedad conyugal Quintero-Quintero, como lo ordena el artículo 1398 del Código Civil, y se la reconoció al cónyuge en la casa número 191 de la calle 18 de Bogotá, en relación con el avalúo que se dio a esta finca en el inventario, respetando así la hijuela en referencia en esa parte.

Pero si con la inclusión y distribución en la sociedad conyugal nombrada de las dos primeras cuotas por cinco mil trescientos cuarenta y siete pesos setenta centavos (\$ 5,347-70), y mil setenta y seis pesos quince centavos (\$ 1,076-15), procedente de deudas pagadas y de derechos comprados por el cónyuge sobreviviente, se pagaron a la sociedad conyugal Quintero-Quintero tales adquisiciones, no había porqué adjudicar a dicho cónyuge como deuda el crédito de cuatro mil ochocientos pesos (\$ 4,800), porque al denunciarlo en el inventario el apoderado del cónyuge lo hizo con el objeto de que se le respetaran a su representado aquellas dos adquisiciones:

esto lo demuestra la imputación que se dio a dicho crédito en el inventario. Pero no pudiéndose respetar como del cónyuge esas dos adquisiciones, por lo que se deja expuesto, queda sin causa a cargo del cónyuge el crédito de cuatro mil ochocientos pesos (\$ 4,800) con que se las quiso compensar, y por consiguiente el partidor no debió hacer adjudicación alguna de dicho crédito y menos a cargo del cónyuge sobreviviente, y al aprobar el Tribunal la partición en ese punto, violó por error de hecho evidente y de derecho los artículos 1391 y 1392 del Código Civil y debe casarse por ello la sentencia.

Para el fallo de instancia bastan las consideraciones anteriores. Debe reformarse la partición suprimiendo a cargo del cónyuge sobreviviente el crédito por cuatro mil ochocientos pesos (\$ 4,800); y como él no debe dicha suma, por lo que ya se ha dicho, debe dársele en reemplazo un valor igual en la casa número 191 de la calle 18 de Bogotá, o en otros bienes.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia de fecha veintisiete de agosto de mil novecientos treinta, proferida por el Tribunal Superior de Buga en este juicio, reforma la de primera instancia y dispone que se rehaga la partición con las modificaciones indicadas en el presente fallo. No hay costas en este recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

FRANCISCO TAFUR A.—Tancredo Nannetti—Manuel Vicente Jiménez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre nueve de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Alfonso Echeverri, su esposa Bárbara Herrera y Carlos Herrera, demandaron a los señores Santos y Lorenzo Herrera para que se hicieran estas declaraciones:

“Primera. Que el lote de terreno que paso a alindar, situado en esta ciudad, en el punto llamado **Partidas de Montenegro**, pertenece a mis poderdantes, señores Alfonso Echeverri y Carlos Herrera, y a la señora Bárbara Herrera de Echeverri; a la última, como hija legítima del señor Eleázar Herrera y de la señora Fidelina Serrano de Herrera, y al primero, como esposo legítimo suyo; y al segundo, en su carácter de hijo legítimo del mismo señor Herrera, y de la misma señora Serrano de Herrera. Linderos: ‘por un costado, con el callejón que gira hacia el Valle del Cauca; por otro, con propiedades de Francisco Giraldo E. y Roberto Rincón; por el centro, con la carrera que gira hacia la trilladora del Quindío; y por el otro costado, con propiedades de los demandados, señores Herreras, Rosa Marín y Miguel Henao.’

“Segunda. Que los demandados, dentro del plazo que fije la sentencia, están en la obligación de entregar a mis poderdantes la propiedad alindrada, pudiendo retirar los materiales que han invertido en las construcciones que han llevado a cabo, si no se avinieren con

mis poderdantes en el precio de tales materiales, para el caso de que quieran vendérselos.

"Tercera. Que los mismos demandados están en la obligación de indemnizar los perjuicios que ocasionen a mis poderdantes, por la retención que hasta ahora han hecho de la propiedad alinderada, y por la que hagan en lo sucesivo, avaluando estos perjuicios por medio de peritos, en el término de este juicio; y

"Cuarta. Que los demandados están en la obligación de pagar a mis poderdantes las costas de este juicio, si tenerariamente dieren lugar a él."

Esta demanda fue reformada luego así:

"La parte petitoria se reforma en el sentido de que se declare en la sentencia definitiva que la propiedad alinderada en el libelo de demanda pertenece a la comunidad formada por mis poderdantes, en su carácter de herederos del señor Eleázar Herrera y de su esposa Fidelina Serrano de Herrera, con relación a los bienes herenciales que no se partieron en la sucesión del primero, y que fueron dejados por la segunda, al tiempo de morir."

El Juez absolvió a los demandados de los cargos de la demanda, y el Tribunal de Pereira, que conoció del juicio por apelación, falló:

"1º Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada en la contestación de la demanda.

"2º Pertenece en dominio y propiedad a las sucesiones de Eleázar Herrera y Fidelina Serrano de Herrera, cuyos herederos son Carlos Manuel y Bárbara Rosa Herrera, el terreno ubicado en la ciudad de Armenia, en el punto denominado Partidas de Montenegro, y por los linderos que se expresan en la demanda.

"3º Los demandados, señores Santos y Lorenzo Herrera, están obligados a entregar a dichas sucesiones, representadas por sus herederos, dentro de los seis días siguientes a la notificación de esta sentencia, el expresado terreno, entrega que se hará en forma proindivisa.

"4º Se absuelve a los demandados del cargo de pagar perjuicios por la retención del terreno mencionado, y se les condena al pago de los frutos civiles desde la contestación de la demanda, los cuales se estimarán en juicio separado. A los poseedores vencidos se les considera como poseedores de buena fe.

"No hay lugar a condenación en costas."

Contra este proveído se interpuso recurso de casación, que se admite y estudia.

Se acusa el fallo en primer lugar por la segunda causal, por cuanto el Tribunal no falló de acuerdo con las pretensiones de las partes, puesto que reconoció el dominio del lote demandado a favor de las sucesiones de Eleázar Herrera y Fidelina Serrano, cuando se había pedido para la comunidad formada por Bárbara y Carlos Herrera, en su carácter de herederos de Eleázar Herrera y Fidelina Serrano, siendo así que esta comunidad y las sucesiones mencionadas son dos entidades jurídicas distintas.

Verdad es que la petición de la demanda está redactada en favor de esa comunidad, pero también es cierto que el sentenciador interpretó en ese sentido la demanda y por ello ha debido atacarse el fallo por error de hecho en esa apreciación, pues si se consideró que se

demandó para esas sucesiones, el fallo guarda consonancia con la demanda así entendida por el Tribunal.

Considera el recurrente, respecto de la primera causal de casación, que el Tribunal incidió en error de hecho al apreciar los títulos números 113 y 175 de 30 de mayo de 1892 y 14 de abril de 1905, porque por esas escrituras los causantes de los demandantes no compraron el terreno reivindicado, sino únicamente unas mejoras en terrenos baldíos.

Esas escrituras dicen en lo pertinente:

"175..... la acción y derecho que le corresponda o sea la mitad de un lote de terreno en mejoras, situado en el punto de Armenia, de esta jurisdicción, proindiviso, y cuyos linderos generales son los siguientes: de un mojón de piedra que está al borde del camino de Maraveles, siguiendo una chamba abajo hasta la quebrada de Armenia; ésta abajo, hasta el lindero con Belisario Henao; de éste al camino que sigue a Montenegro; por éste arriba, hasta el camino de Maraveles; por éste arriba, a su primer lindero."

"113.... compareció el señor Justo Pastor Valencia, mayor de edad, vecino de este Distrito, a quien conozco, y dijo: que da en venta real y enajenación perpetua al señor Emigdio Buitrago, a saber: unas mejoras en terrenos baldíos de la Nación, sitas en el punto de Armenia, alinderadas así: del mojón que está arriba del camino que va para Maraveles, siguiendo una chamba abajo, hasta la quebrada de Armenia; ésta abajo, hasta encontrar el lindero de Belisario Marín; siguiendo éste, hasta el camino; éste arriba, hasta su primer lindero. Que estas mejoras las hubo por compra hecha al señor Juan de Jesús Arias Ortiz, como consta del documento de venta."

Como se ve en la escritura número 113, se vendieron esas mejoras en terrenos baldíos de la Nación, y por la 175 se vendió la mitad de un lote de terreno en mejoras, de suerte que el fallador bien pudo, en vista de la escritura número 175, decir, sin errar de hecho de manera evidente, que Eleázar Herrera adquirió un lote de terreno en mejoras y no éstas únicamente, pero suponiendo que se hubiera incurrido en ese error, la sentencia se apoya en otra prueba, la hijuela formada a favor de Eleázar Herrera en la sucesión de Emigdio Buitrago, en que se le adjudicó el terreno de La Manga, como cuerpo cierto. Verdad es que esta hijuela es objeto de ataque por parte del recurrente, quien afirma que el sentenciador al apreciarla, erró de hecho.

Así se expresa:

"El sentenciador al hacer mención de dicha hijuela como de uno de los elementos de prueba aducidos por los demandantes en apoyo de sus pretensiones, afirma que a Herrera se le adjudicó la finca a que se contrae ese título; pero no paró mientes en que no podía aceptar legalmente el contenido de esa hijuela en su totalidad, porque resultando de los propios términos de la copia del auto de 31 de agosto de 1910, del Juez del Circuito de Armenia, traído como prueba por los actores, que Arnulfo, Lisandro y Rosaura Buitrago, también herederos de Emigdio Buitrago, en representación de su padre Rafael Buitrago, no vendieron a Eleázar Herrera los derechos que les correspondieran en la sucesión dicha, y no habiéndose aducido, de otra parte, la demostración de la venta que esos herederos hicieron a Eleázar Herrera, es preciso concluir que en la finca de que trata la hijue-

la, existen derechos y acciones que no han entrado al patrimonio de los padres de los demandantes.

"Se sigue de lo dicho que aun admitiendo en gracia de discusión de un lado, que Emigdio Buitrago hubiera adquirido la propiedad de la finca de la cual es parte integrante el lote que se persigue, y de otro, que fuera procedente la acción de los demandantes, han debido pedir no siquiera para la sucesión de Eleázar Herrera y Fidelina Serrano, sino para la de Emigdio Buitrago y la de su esposa Eduarda Castaño, puesto que en ella están aún ilíquidos los bienes de esas sucesiones por lo que respecta a los derechos de Arnulfo, Lisandro y Rosaura Buitrago, derechos radicados en el lote que se pretende."

Se observa: en la mentada hijuela se le adjudicó a Eleázar Herrera el terreno de La Manga como cuerpo cierto, y de la inspección ocular, no contradicha ni atacada en casación, aparece que el terreno que se reivindica está comprendido dentro de los linderos de La Manga, que figuran en la hijuela, y como ésta puede oponerse a terceros y es título traslativo de dominio, aquéllos para enervar ese título tienen que presentar otro u otros anteriores a la hijuela, para obligar a los primeros a remontar la cadena de títulos hasta llegar a los vendedores del causante, caso que no acontece al presente, ya que los demandados no han acompañado título ninguno que respalde sus pretensiones.

Ahora, suponiendo que las personas de que habla el recurrente no hubieran vendido sus derechos a Eleázar Herrera, ello no implica que los demandados sean dueños del lote reivindicado.

Pero aun en el supuesto de que el sentenciador hubiera incurrido en esos errores y que se casara la sentencia, la Corte llegaría a la misma conclusión del Tribunal, porque la hijuela de Eleázar Herrera lo acredita dueño del terreno de La Manga, con respecto de los demandados, que no han exhibido título alguno que se contrapusiera a la hijuela, y mientras este título exista sin que sea desvirtuado por otro, hay que darle valor a la hijuela. Tampoco han alegado los demandados que su posesión sea anterior a la hijuela formada a favor de Herrera, para que éste tuviera que acompañar un título anterior a ella.

No prosperando la casación por los errores de hecho que se han estudiado, forzoso es concluir que la acusación por la violación de los artículos 946, 947, 950, 1013, 1125, 757, 762, 765 y 1401 del Código Civil, no tendrá buen éxito, ya que reconocido que esos títulos son suficientes en este pleito para demostrar el dominio a favor de los demandantes, pues se repite los demandados no han exhibido título alguno que justifique sus aspiraciones.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, de fecha primero de octubre de mil novecientos treinta.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre once de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Manuel Vicente Jiménez).

Vistos:

Ante el Juzgado 2° del Circuito de Pasto el señor Juan Rosero introdujo un juicio ejecutivo contra la sucesión del señor Manuel Enríquez Freire, representada por los señores Gonzalo Enríquez Martínez, Nabor Enríquez Martínez, Josefina Enríquez, casada con Reinaldo Narváez, y Natalia Enríquez, casada con Enrique Paredes.

El veintidós de julio de mil novecientos diez y nueve profirió el Juzgado el mandamiento ejecutivo, que se notificó legalmente a cada uno de los cuatro herederos y a los maridos de las señoras casadas.

Para el pago denunció el ejecutante el siguiente inmueble, que fue embargado: "una casa de alto y bajo, con una tienda y bodega que poseen los herederos del finado en esta ciudad, situada entre la carrera de Azuero y calle del Cauca, y comprendida en estos linderos: por el frente, con casa de la señora Benicia Jurado, calle del Cauca por medio; por el costado derecho, con casa del señor Rodolfo Medina, paredes de por medio, y las de los señores Angel Narváez Delgado y sus hijos y del presbítero señor Rafael Chaves, paredes por medio; por el respaldo, con casas del señor Uladislao Trejo Obando y de la señora Celemina Delgado, calle de Cartagena, por medio; y por el costado izquierdo, con casa de los herederos de la finada señora Juana Guerrero, paredes por medio, y con casas del doctor Apolinar Mutis y de los herederos del finado señor José Joaquín Segura, carrera de Azuero, por medio."

El denunciante añadió:

"Declaro desde luego que daré por excluidas todas las porciones del inmueble denunciado que aparecieren vendidas a terceros legalmente."

El diez y seis de febrero de mil novecientos veintidós el señor Reinaldo Narváez B., en representación de los derechos de su esposa Josefina Enríquez, propuso tercera excluyente de la casa "por ser—dice—de exclusiva propiedad de mi esposa señora Josefina Enríquez y de sus hermanos Gonzalo, Nabor y Natalia Enríquez, para que en sentencia definitiva se resuelva que ese inmueble pertenece exclusivamente a mi esposa y hermanos expresados; y por consiguiente que tienen mejor derecho al dominio que cualquiera otra persona."

Como hecho principal de la demanda alegó que su esposa y los tres hermanos de ella habían comprado el inmueble a los señores Manuel Enríquez Freire y Petrona Martínez, al tenor de la escritura, debidamente registrada, extendida con el número 275, ante el Notario 2° de Pasto, el diez de mayo de mil novecientos once.

El traslado de la demanda se notificó personalmente al ejecutante y a cada uno de los representantes de la sucesión ejecutada.

El señor Enrique Paredes, en nombre de su esposa Natalia Enríquez, y el señor Nabor Enríquez, contestaron la demanda adhiriendo a ella y conviniendo en ella.

El doctor Rafael B. Mera, apoderado de Gonzalo Enríquez y Josefina Enríquez de Narváez, convino en la demanda.

El ejecutante se opuso alegando que la venta verificada por la escritura número 275 fue simulada y nula por falta de causa.

El Juzgado falló el pleito en estos términos:

"...declara improcedente la tercería de exclusión propuesta por el señor Reinaldo Narváez en representación de su mujer, señora doña Josefina Enríquez, y sostenida también por el señor Enrique Paredes, marido de la señora doña Natalia Enríquez, y por los señores Nabor y Gonzalo Enríquez M., en la ejecución seguida por el señor Juan Rosero contra los terceristas, en su condición de herederos universales del señor Manuel Enríquez Freire; nulo, por simulación, el contrato de compraventa contenido en la escritura número 275, de diez de mayo de mil novecientos once; probadas las excepciones de no ser terceros en el juicio ejecutivo los actores de la tercería, de carencia de derecho y de nulidad de aquel mismo contrato."

Solamente apelaron de la sentencia el tercerista señor Reinaldo Narváez y el ejecutado señor Enrique Paredes.

El Tribunal Superior de Pasto pronunció la sentencia correspondiente, pero como ella fue infirmada por esta Corte para que el sentenciador resolviera de nuevo, fue desatado el litigio en definitiva confirmando el de primer grado por el fallo de fecha diez de septiembre de mil novecientos veintiocho, contra el cual solamente interpuso la casación el señor Enrique Paredes, marido de la señora Natalia Enríquez, y lo fundó ante el Tribunal en tiempo hábil. Ante la Corte fue presentado por el mismo recurrente un libelo de casación antes de estarle corriendo el término del traslado, libelo este último que la Corte no puede examinar por haberse introducido fuera de tiempo.

En consonancia con el artículo 10 de la Ley 90 de 1920, se debe examinar si es admisible o no el recurso propuesto ante el Tribunal, porque el señor Paredes figuraba en el juicio principalmente como representante de la sucesión ejecutada. Para la Corte es evidente que el señor Paredes y su mujer la señora Natalia Enríquez fueron condenados en la primera instancia como miembros de la comunidad actora en la tercería, en el sentido de no decretar la exclusión del inmueble embargado y de declarar totalmente nulo el título en que la demanda se fundó; además, en el concepto de haber sido perjudicados por la sentencia de primera instancia, se les concedió la apelación, y esta sentencia, que recayó sobre los derechos que el señor Paredes y su mujer tenían en la casa materia de la demanda de exclusión, fue confirmada por el Tribunal; de manera que ambas sentencias hieren jurídicamente los derechos del recurrente. Es preciso, pues, declarar admisible el recurso.

El recurrente formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, diciendo que por una parte se consideró existente una confesión del señor Enrique Paredes, la cual no existe en los autos, resultando de ahí un error de hecho evidente; y que por otra parte se estimó válida una confesión de la señora Natalia Enríquez de Paredes, quien, por ser mujer casada y no serle dado comparecer en juicio por sí sola, no tenía la capacidad jurídica para confesar, resultando de ahí un evidente error de derecho. Como consecuencia estima violados los artículos 181 y 1769 del Código Civil y 558 del Código Judicial.

Observa la Corte:

El artículo 558 del Código Judicial es del tenor siguiente:

"Para que la confesión tenga fuerza de prueba plena, es preciso que el que la haga sea persona capaz de comparecer en juicio por sí sola."

El Tribunal estimó con valor probatorio la confesión rendida por la señora Natalia Enríquez de Paredes, pero como no se fundó únicamente en esa confesión, sino que la estimó como elemento probatorio unido a otros que en la sentencia se citan, para concluir que el contrato en referencia fue simulado, la Corte no puede casar la sentencia desde luego que el artículo que se considera violado no le quita en absoluto a la confesión de personas que no pueden comparecer en juicio por sí solas, la fuerza probatoria, sino el carácter de plena prueba, que es la que sirve por sí sola para condenar sin atender a otros datos del proceso.

En efecto, dijo el Tribunal:

"La certidumbre de la existencia de la simulación en el contrato dicho, se deduce de la propia confesión judicial de los presuntos compradores, quienes convienen con la simulación al contestar una demanda de nulidad intentada por el Síndico de Lazaretos, contestación que en copia se ve en el folio 109; posiciones de Natalia Enríquez, folios 112 y 130; posiciones de Nabor Enríquez, folio 126, y las declaraciones visibles de folios 137 a 144 y otras más que obran en el proceso."

Subsistiendo, como subsisten, estos fundamentos, no puede prosperar el recurso de casación propuesto.

En tal virtud, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de casar la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Pasto el diez de septiembre de mil novecientos veintiocho. Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

FRANCISCO TAFUR A.—Tancredo Nannetti—Manuel Vicente Jiménez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Manuel Vicente Jiménez.

Para desatar el recurso de casación propuesto contra la sentencia de fecha diez de septiembre de mil novecientos veintiocho, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el juicio de tercería excluyente propuesto a nombre de una comunidad de bienes contra la sucesión del señor Manuel Enríquez Freire, ejecutada, y contra el ejecutante señor Juan Rosero, el suscrito Magistrado presentó un proyecto de sentencia que no fue acogido por los otros dos señores Magistrados que integran la Sala, cuyas opiniones prevalentes informan la sentencia anterior.

Disiento, a mi pesar, de ellas, y salvo el voto por las siguientes razones:

En primer lugar la sentencia admite el recurso diciendo:

"Para la Corte es evidente que el señor Paredes y su mujer señora Natalia Enríquez, fueron condenados en la

primera instancia como miembros de la comunidad actora en la tercería, en el sentido de no decretar la exclusión del inmueble embargado y de declarar totalmente nulo el título en que la demanda se fundó; además, en el concepto de haber sido perjudicados por la sentencia de primera instancia, se les concedió la apelación, y esta sentencia que recayó sobre los derechos que el señor Paredes y su mujer tenían en la casa materia de la demanda de exclusión, fue confirmada por el Tribunal; de manera que ambas sentencias hieren jurídicamente los derechos del recurrente. Es preciso, pues, declarar admisible el recurso."

El suscrito Magistrado estima que el recurso es inadmisible. En efecto, conforme al artículo 10 de la Ley 90 de 1920, la Corte debe examinar preferentemente si el recurso de casación ha sido interpuesto por persona hábil para declararlo admisible o nó.

Los recursos contra las providencias judiciales no han sido establecidos a favor de quienes resulten favorecidos con ellas, ni de quienes, por carecer de interés jurídico en cuanto a la decisión judicial, no puedan considerarse como partes perjudicadas por ellas. Así, contra una sentencia absolutoria, no podrá recurrir el demandado.

Con relación al caso actualmente sometido a la Corte, es menester examinar cuáles han sido las partes contendientes y cuáles los vínculos procesales que las ligan; porque la circunstancia anómala de que unos mismos litigantes resulten personalmente interesados en las pretensiones de la parte demandante alegando tener derechos en una comunidad, y a la vez en las pretensiones de la parte demandada, con relación a derechos en la sucesión, da lugar a confusiones que se traducen en perjuicio de la recta administración de justicia.

Es parte demandante en la tercería, la comunidad en un principio constituida por la escritura pública número 275. En el juicio solamente habló en nombre de tal entidad, en representación de ella, el señor Reinaldo Narváez, como marido de la señora Josefina Enríquez, quien compró, siendo soltera, una cuota parte del inmueble ahora embargado.

Es parte demandada, además del ejecutante señor Rosero, la sucesión del señor Manuel Enríquez Freire. Como personeros de ésta figuran los señores Gonzalo y Nabor Enríquez y la señora Natalia del mismo apellido, esposa del señor Reinaldo Narváez.

Si la sentencia del Tribunal hubiera favorecido a la comunidad, caso de estimarla existente, no podría interponer la casación sino la parte demandada que es la sucesión, por cualquiera de sus tres representantes judiciales, y el señor Rosero; de modo que este recurso no se habría podido otorgar válidamente a la comunidad ni a su representante señor Reinaldo Narváez, aunque la esposa de éste pudiera tener interés en la herencia de su padre, entidad ejecutada.

A la inversa: habiendo favorecido el fallo a la parte demandada que es la sucesión, el recurso no podrá intentarlo ella misma ni sus representantes en el juicio, entre quienes se cuenta el señor Paredes a nombre de su mujer, por la falta de interés jurídico, sino la parte demandante, o sea la comunidad, representada en el juicio por el señor Reinaldo Narváez a nombre de su esposa señora Josefina Enríquez, y en la parte narrativa del fallo de la Corte se ve que el tercerista no recurrió contra la sentencia del Tribunal, quedando ejecutoriada, en consecuencia.

La sucesión, la sociedad, la comunidad, son entidades distintas de los herederos, socios o comuneros, individualmente considerados.

Anómalo sería considerar como demandantes a los señores Enríquez y como demandados simultáneamente a los mismos señores, y concluir que todos o cualquiera de ellos pudiera recurrir contra la sentencia favorable o desfavorable. Violárase el principio de contradicción, según el cual una cosa no puede ser y dejar de ser la misma a un mismo tiempo.

No parece exacto, como lo afirma la Corte, que el señor Paredes y su mujer señora Natalia Enríquez, fueron condenados en la primera instancia como miembros de la comunidad actora en la tercería. Ellos no demandaron ni en nombre propio, ni en nombre de la comunidad; no fueron actores. Muy al contrario, ellos fueron demandados en su condición de representantes de la sucesión del señor Enríquez Freire y se les confirió traslado de la demanda.

Como la sentencia favoreció a la sucesión, no puede sostenerse que ella hiera jurídicamente los derechos de la señora Natalia Enríquez o del señor Paredes, quienes en el juicio no desempeñaron otro papel que el de representantes de la parte demandada, parte favorecida por la sentencia, como se ha repetido ya. Sería absurdo cambiar los papeles de las personas en el juicio después de la *litis contestatio*, y aceptar a los demandantes como demandados y a los demandados como actores.

Entre otras sentencias, las dictadas por la Corte con fechas 30 de marzo de 1894, 15 de diciembre de 1900 y 25 de mayo de 1926, confirman los puntos de vista de este salvamento de voto.

En segundo lugar, al estudiar los motivos en que el recurrente apoya la primera causal de casación, dice la Corte que el artículo 558 del Código Judicial "que se considera violado, no le quita en absoluto a la confesión de personas que no pueden comparecer en juicio por sí solas, la fuerza probatoria, sino el carácter de plena prueba."

Tampoco estoy conforme con esta doctrina. Se trata de la confesión de una mujer casada, sobre hechos propios, y rendida en un juicio en el cual la demanda fue notificada previamente al marido, como lo ordena el artículo 310 del Código Judicial.

El párrafo copiado da a entender, por consiguiente, que la confesión de la mujer casada, aunque obre en juicio autorizada por su marido, o previa la notificación de la demanda al marido, no es plena prueba, porque la mujer no es "persona capaz de comparecer en juicio por sí sola," según la frase del artículo 558 citado.

A mi entender, la incapacidad de la mujer casada para comparecer en juicio es relativa. Establece la ley requisitos cuyo cumplimiento allana la incapacidad y hace a la mujer plenamente capaz para los actos judiciales. Ellos son: la autorización del marido cuando va a demandar o es demandada (artículos 181 del Código Civil y 309 del Código Judicial); la licencia del Juez en subsidio (artículos 311 y 312 del Código Judicial), y la notificación previa de la demanda al marido, cuando la mujer es demandada y carece de la autorización marital (artículo 310 *ibidem*). Con la autorización, la licencia o la notificación indicadas, asume la mujer la plena capacidad jurídica para comparecer en juicio por sí sola.

El artículo 310 del Código Judicial guarda plena armonía con el artículo 183 del Código Civil, que da a la intervención del marido en los actos ejecutados por la mujer, el valor de una autorización expresa. El conjunto de los actos procesales desde la demanda hasta la sentencia, constituye el juicio, y éste es uno en el fondo. La notificación de la demanda al demandado, lo hace parte en todo el juicio. La notificación previa al marido de la demanda propuesta contra la mujer, da origen a la intervención del marido en el juicio, de suerte que la mujer no queda desamparada. Hay razón, pues, para estimar que la notificación previa del marido completa la capacidad de la mujer para comparecer en el juicio por sí sola.

Algunas legislaciones establecen el principio general de la autorización del marido para el reintegro de la plena capacidad jurídica de la mujer casada, aun en relación con los negocios judiciales cuando es demandada, permitiendo suplirla por el permiso del Juez a petición del actor. La licencia en este caso debía otorgarla obligatoriamente el Juez por la negativa o el silencio del marido. Nuestro legislador, considerando que tal procedimiento resultaba prácticamente complicado y dificultoso, adoptó la forma jurídica de la notificación previa de la demanda al marido, consignándola en el artículo 310 del Código Judicial para que surtiera los mismos efectos de la autorización marital o del permiso del Juez.

La capacidad de la mujer casada es plenísima por consiguiente en estos casos: 1º, cuando obra con autorización del marido; 2º, cuando el Juez suple la licencia marital; 3º, cuando la autorización del marido se presume, y 4º, cuando la mujer ejerce una profesión, industria u oficio. En tales casos puede la mujer casada comparecer en juicio por sí sola, de acuerdo con el artículo 181 del Código Civil, y su confesión será una plena prueba con arreglo al artículo 558 del Código Judicial.

Con la autorización del marido, la mujer obtiene plena capacidad para "parecer en juicio por sí sola" (artículo 181 del Código Civil), para celebrar contratos o desistir de ellos, para repudiar herencias o legados, para comprar, vender o hipotecar bienes (artículo 182). El consentimiento de la mujer es requisito esencial para enajenar los bienes propios de ella (artículos 1810 y 1811), y ese no es acto del marido. No se requiere la autorización expresa del marido, por presumirse, para la compra al contado de muebles, ni para el ejercicio de una profesión o industria cualquiera (artículos 192 y 195).

Si en tales casos, de tanta monta, obra la mujer con plena capacidad civil para los contratos y obligaciones, ¿con qué lógica se le negará a su confesión, precedida de la autorización o notificación indicadas, el valor de plena prueba, que es cosa de importancia menor?

Bogotá, septiembre 11 de 1931.

Manuel Vicente Jiménez—Tafur A.—Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre doce de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito de Barranquilla el señor Blas de Barros demandó a María del Pilar Cervantes de

Barros y a Atala América Barros para que mediante la tramitación de un juicio ordinario se hiciesen por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"1º Que la finca raíz individualizada en la primera parte de esta demanda no pertenece a la sucesión del señor Manuel María Barros.

"2º Que, en consecuencia, su inclusión en los inventarios de esa sucesión es indebida; y

"3º Que la expresada finca es de mi propiedad, y debe, por lo mismo, ser excluida de los inventarios de aquella sucesión."

Fundó su demanda en los artículos 62, 669, 1857, 740, 762, 785 y 789 del Código Civil; 929 y 1271 del Código Judicial; 253 de la Ley 105 de 1890 y en los hechos siguientes:

"1º En el Juzgado 2º del Circuito de esta ciudad se adelanta el juicio de sucesión del finado señor Manuel María Barros.

"2º En el mencionado juicio se incluyó como perteneciente a la sucesión la siguiente finca raíz, que se hizo figurar en los inventarios: una casa de enea, madera y barro, situada en la acera oriental de la calle de Obando, de esta ciudad, formando esquina con el camellón de Ricaurte, ubicada en un solar que mide de Norte a Sur veintiséis metros y de Oriente a Occidente veintidós metros cincuenta centímetros; y linda por el Norte, callejón en medio, con casa y solar del señor Eustacio de Barros, hoy de J. M. Acosta Madieto y Pablo Roncallo C.; por el Oriente, con casa del señor Rafael Cantillo, hoy de sucesión de Rafael González; por el Sur, con predio de la señora Irene Pulido, hoy de Daniel Coba; y por el Occidente, calle en medio, con casa de la señora Enriqueta Martínez, hoy con predios de Federico Barraza y Urbano Gallardo.

"3º La finca individualizada es de mi absoluta propiedad, por compra que de ella hice a la señora Concepción Hernández, según escritura pública número mil ciento noventa y cuatro (1194) del protocolo de 1914, otorgada ante el señor Notario segundo de este Circuito; y

"4º Como consecuencia del hecho anterior, la finca a que se refiere esta demanda no pertenece a la sucesión del señor Manuel María Barros, ni ha pertenecido nunca a este señor."

Corrido el traslado respectivo a las demandadas, contestó la demanda la señora María del Pilar Cervantes de Barros, en su propio nombre, y en representación de su hija Atala América Barros, de quien es representante legal. Negó algunos hechos, aceptó otros y se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas en el libelo de la demanda.

Seguido el juicio por sus trámites propios, el Juez de la primera instancia falló la controversia así:

"Declárase de propiedad del señor Blas de Barros la finca descrita en este fallo y por consiguiente, que no pertenece a la sucesión del señor Manuel María Barros y debe excluirse, por lo mismo, de los inventarios de dicha sucesión."

El Tribunal Superior de Barranquilla, con salvamento de voto de uno de sus Magistrados, revocó el fallo anterior y en su lugar dispuso:

"No se hacen las declaraciones solicitadas por el demandante en la parte petitoria de su demanda, determinadas con las letras a), b) y c).

"No hay especial condenación en costas."

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el demandante, señor Blas de Barros, recurso que la Corte admite por estar ajustado a la ley, y procede a resolverlo mediante el estudio de la respectiva demanda de casación.

El recurrente alega las causales primera y segunda.

Cuanto a la segunda causal, alega que estando ambas partes de acuerdo en que no hubo aceptación válida o legítima de la donación por parte de Blas de Barros, en representación de su hijo, ese punto está fuera del debate, y no debió ser, por tanto, materia de la sentencia; que sólo quedaron como peticiones sujetas al fallo definitivo, éstas: si la renuncia a revocar la donación hace de ésta un contrato perfecto, y, segundo, si la aceptación de los herederos del donatario, hecha en escritura pública, después de su muerte, perfecciona la donación.

Concluye, pues, que la sentencia acusada no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, porque de un lado se falló sobre la validez de la aceptación hecha por Blas de Barros, punto que no era objeto de la controversia, y de otro lado dejó de resolver sobre las dos cuestiones enumeradas atrás, que si eran puntos controvertidos sobre los cuales debía recaer el fallo.

Considera la Corte que la parte resolutive de la sentencia se contrae a decidir que no se hacen las declaraciones solicitadas por el demandante en la parte petitoria de su demanda. Esto es, dicha resolución abarcó toda la controversia y no puede tacharse de deficiente o excesiva una sentencia que se contrae a aceptar o rechazar lo pedido en la demanda. La segunda causal de casación se refiere siempre a la parte dispositiva de los fallos, y es comparando esa parte con las peticiones de la demanda como puede deducirse si se decidió sobre menos o más de lo pedido.

Alega el autor del recurso que el señor Blas de Barros invocó un justo título y la posesión tranquila y no interrumpida de la finca en litigio, durante más de diez años. Esto, en su concepto, es invocar inequívocamente el título de la prescripción extraordinaria—debió decir ordinaria,—ya se considere que el autor tiene el carácter de demandado o el de demandante.

Pues bien, sigue diciendo el recurrente, sobre tal punto no recayó sentencia de ninguna clase, dejando por lo mismo de fallar sobre puntos que eran objeto de la controversia.

Observa la Corte que es cierto que el señor Blas de Barros, después de citar la escritura de compraventa de la casa que se litiga, expresó que había venido poseyéndola tranquilamente y sin interrupción, desde la fecha en que la compró. Y aceptando, como dice el recurrente, que esto fuera alegar el título de prescripción ordinaria, es también cierto que el Tribunal sí razonó sobre ese título para desecharlo. Dijo así el sentenciador sobre la base de que la donación había sido legalmente aceptada:

"La posesión que tuvo el señor Blas de Barros de la casa donada en representación de su hijo, no podía tornarse en una posesión suya a nombre propio, a título diferente del con que la recibió."

Con fundamento en la primera causal, sostiene el recurrente que el sentenciador ha quebrantado el artículo 53 de la Ley 153 de 1887, por haberlo extendido al padre

natural en lo referente al derecho de aceptar una donación. Solamente el padre legítimo tiene por derecho propio, por el hecho de la paternidad, una facultad como la de que se trata; el padre natural no la tiene sino cuando ejerce en legal forma el derecho de guardador.

El artículo 443 del Código Civil, por estimar el sentenciador que las tutelas legítimas no necesitan de las formalidades que deben preceder, según los artículos 463 y siguientes de la misma obra, al ejercicio de una tutela o curaduría. El artículo 443, está, pues, mal interpretado.

El artículo 458, quebrantado igualmente por errónea interpretación, consistente en la creencia que tiene el Tribunal de que el padre natural, por el hecho de ser llamado a la curaduría legítima, puede ejercerla, con todos sus derechos y obligaciones, sin llenar las formalidades de que se ha hablado en el párrafo anterior.

Los artículos 444 a 449, en cuanto deduce de ellos el Tribunal que quien puede nombrar curador por testamento puede igualmente ejercer una guarda legítima, sin llenar las formalidades legales, porque para todo eso no hay necesidad de estar en ejercicio de la patria potestad. Con esa lógica, cualquiera persona puede ejercer una guarda legítima, sin llenar formalidad alguna, porque el artículo 450 da a todo mundo la facultad de nombrar curador por testamento.

Los artículos 463 a 468, por mala interpretación consistente en estimar el sentenciador que las formalidades que ellos prescriben no son necesarias para ejercer una guarda legítima; y por no haberlos aplicado al caso del pleito.

Estima que el sentenciador violó el artículo 1468 del Código Civil por aplicación indebida al caso del pleito, porque no estando el padre natural a quien no se ha discernido la guarda en ninguno de los casos de que trata este artículo para aceptar la donación, dio por aceptado legalmente lo que hizo el señor Blas de Barros en nombre de su hijo natural Manuel María Barros.

Estima también como quebrantado por el Tribunal el artículo 1469 del mismo Código, porque no habiendo habido aceptación de la donación por persona que tuviera facultad para aceptar por el menor, no ha habido contrato alguno, y la señora Concepción Hernández, que fue la donante, podía retirar su oferta de donación, cosa que le niega el Tribunal.

Para resolver, se considera:

Por escritura pública número 389 de treinta de noviembre de mil ochocientos noventa y tres, otorgada en Barranquilla, la señora Concepción Hernández donó al impúber Manuel María Barros la casa materia del pleito, y esta donación fue aceptada por Blas de Barros, padre natural del donatario, a quien venía protegiendo, desde que nació, por haber muerto la madre natural del impúber.

Veintiún años después, por escritura pública número 1193 de once de noviembre de mil novecientos catorce, otorgada también en Barranquilla, la señora Hernández revocó la donación de acuerdo con el señor Blas de Barros, fundándose en que no había sido aceptada legalmente; y luego vendió la finca donada al señor Blas de Barros el mismo día de la revocación.

La finca en referencia fue inventariada en la sucesión del señor Manuel María Barros, y el demandante Blas de Barros se presentó en juicio, pidiendo la exclusión, por ser dueño de la casa inventariada.

En vista de los hechos, aparece clara la violación de las disposiciones de la ley que cita el recurrente, por haber negado el Tribunal la exclusión demandada, ya que, no habiendo sido aceptada legalmente la donación, la donante podía revocarla a su arbitrio, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1469 del Código Civil, que es uno de los artículos que el recurrente considera quebrantado. Y como conforme al artículo 1468 del Código citado, el padre natural, en su carácter de tál, no puede aceptar una donación hecha a su hijo, la verificada en favor del impúber Manuel María Barros, por Blas de Barros, padre natural de aquél, no tuvo eficacia, y por lo mismo el Tribunal quebrantó el artículo citado al considerar que la donación había sido legalmente aceptada.

Ha de casarse pues la sentencia por quebrantamiento de las disposiciones de la ley que se dejan citadas, y como base para la sentencia de instancia, basta reconocer el derecho de propiedad debidamente comprobado que Blas de Barros invoca para excluir de los inventarios de la sucesión de Manuel María Barros la finca que es materia del pleito, derecho que la sentencia de primera instancia halló incontrovertible.

Por lo que atañe a la nulidad que en el juicio se ha alegado en razón de ser ilegítima la personería de la parte demandada, porque quienes aparecen como demandados son los herederos de Manuel María Barros y no la sucesión de éste, a la cual se disputa el dominio de la casa en litigio, la Corte halla concluyentes las razones que tuvo el Tribunal para negarla, y que se transcriben en seguida:

"El Tribunal estima que no hubo tal nulidad por las siguientes razones: se ha demandado a la sucesión de Manuel María Barros en las personas de sus herederos; el carácter de éstos con relación al de cujus se conoce en autos, y es especial; los herederos demandados son los que han incluido el bien litigioso en los inventarios de bienes de la herencia que representan; el juicio universal de sucesión atrae a los otros juicios que con él se relacionan, y estando la herencia representada en el principal por los que reconoce la ley como representantes de ella, el artículo 315 del Código Judicial da personería a los herederos para oír las demandas en contra de la herencia.

"Los hechos fundamentales I, II y IV dan motivo para afirmar que el autor quiso demandar a la sucesión de Manuel María Barros en la persona de sus herederos, porque de otro modo no se habría referido al juicio sucesorio del demandado, ni discutido a la sucesión el derecho de dominio sobre el bien en litigio."

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, casa la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de Barranquilla el quince de noviembre de mil novecientos veintiocho, y en su lugar confirma la sentencia de primera instancia.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI — Manuel Vicente Jiménez.
Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, doce de septiembre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

El doctor José María Bucheli y el "Banco del Sur," domiciliado en Pasto, celebraron el veintiuno de febrero de mil novecientos ocho este contrato:

"1° José María Bucheli recibe del Banco cheques que puede girar contra dicho establecimiento, por la suma no menor de \$ 25 cada cheque.

"2° El Banco cubrirá dichos cheques hasta completar la suma de cinco mil pesos de ley (\$ 5,000) plata.

"3° Desde que sea pagado el respectivo cheque, abonaré al Banco el interés del uno por ciento mensual sobre el valor del cheque, hasta que se concluya este contrato.

"4° Yo, José María Bucheli, consignaré, cuando lo tenga por conveniente, en la caja del Banco, cantidades no menores de cien pesos (\$ 100) plata, para servicio de mi cuenta, por cuyas consignaciones el Banco me abonará el interés del ocho por ciento anual.

"5° Terminado este contrato de cuenta corriente, reconoceré como saldo líquido a nuestro cargo, el que resulte en los libros del Banco.

"6° Yo, José María Bucheli, me someto a lo dispuesto en el artículo 18 del reglamento y demás disposiciones que sobre el particular establezca la Junta Administrativa del Banco.

"7° Este contrato durará hasta el treinta y uno de diciembre del presente año, pero el Banco se reserva la facultad de terminarlo cuando a bien lo tenga, avisando al interesado con diez días de anticipación.

"8° Para seguridad del saldo que resulte a cargo de José María Bucheli, se constituye fiador solidario y llano pagador, renunciando el beneficio de orden y excusión, el señor Francisco J. Acevedo, quien, para mayor garantía, hace propia la obligación que José María Bucheli contrae con el Banco.

"9° Para efectos de una demanda, si el caso sucediere, Bucheli y Acevedo aceptan como domicilio el que elija el Banco para intentar la acción que provenga de este contrato.

"10. Bucheli y Acevedo pagarán las costas procesales a que diere lugar la infracción de este contrato, según la liquidación del respectivo Juzgado, y cien pesos más en monedas de plata para indemnizar satisfactoriamente las gestiones del Banco."

Este contrato se prorrogó por convenio de las partes, hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos diez y ocho.

Como consecuencia del movimiento de la cuenta y de las respectivas liquidaciones, la señora Isabel de la Espriella viuda de Bucheli, en su carácter de representante legal de sus hijos menores Josefina, Eduardo y Luis Enrique Bucheli, herederos del doctor José María Bucheli, demandó al Banco del Sur en liquidación, representado por el doctor Olegario Medina, nombrado liquidador, para que por sentencia definitiva se declarase que dicho Banco es deudor del doctor José María Bucheli, causante de los actores, y "está obligado a restituir sin demora a sus herederos, o a la sucesión que éstos representan, la cantidad de dos mil ciento cuarenta y

cinco pesos con ochenta y cinco centavos (\$ 2,145-85), en oro legal, o la cantidad que resulte comprobada por este concepto en el curso del juicio."

El apoderado del Banco contestó la demanda negando las pretensiones de los actores y pidió que por sentencia definitiva se declarasen estos puntos:

"I. Que es improcedente la acción, o que el actor carece de acción.

"II. Subsidiariamente, que se declaren probadas las excepciones perentorias de prescripción para reclamar sobre intereses hasta el 22 de agosto de 1921; la de petición antes de tiempo o de modo indebido, y las demás que alegare y probare durante el debate; y

"III. Que se condene en costas al demandante."

Por separado propuso demanda de reconvencción, para que contra los demandantes se hiciesen estas declaraciones:

"1° Que el saldo definitivo de la cuenta corriente del doctor José María Bucheli el 31 de diciembre de 1918 es de tres mil ochocientos catorce pesos con noventa y cinco centavos (\$ 3,814-95), en monedas de plata antigua, como resultado de su cuenta corriente, según contrato del 21 de febrero de 1908, o su equivalente en oro legal, al 200 por 100.

"2° Que este saldo definitivo es capital productivo de intereses al doce por ciento anual desde el primero de enero de 1919 hasta el día del pago efectivo.

"3° Que desde el 1° de enero de 1918 hasta el 7 de febrero de 1924, los abonos que se han hecho por esa cuenta corriente, no devengan intereses ningunos; y que esos abonos deben imputarse primero al pago de intereses y luego al de capital, en la forma indicada por el artículo 1653 del Código Civil, inciso 1°; y

"4° Que dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo, la herencia del doctor José María Bucheli debe pagar al Banco del Sur en liquidación la cantidad de tres mil ochocientos catorce pesos con noventa y cinco centavos (\$ 3,814-95) en plata antigua, o la de mil novecientos siete pesos con cuarenta y siete centavos (\$ 1,907-47) en oro legal, con sus intereses del 12 por 100 anual, desde el 1° de enero de 1919 hasta el día del pago efectivo; cantidad de la cual se deducirá la de mil seis pesos (\$ 1,006) en oro, por abonos hechos desde 1920 hasta el 7 de febrero de 1924, que indica el hecho 5° de esta demanda.

"5° Que se condene en costas a la parte demandada, si insistiere en la principal."

Contestada negativamente esta demanda, el juicio doble siguió su curso, y el Juez de la primera instancia declaró en sentencia definitiva:

"1° No probada la excepción de petición antes de tiempo o de modo indebido, y probada la excepción de prescripción para reclamar intereses, propuestas a la demanda principal.

"2° Que el Banco del Sur en liquidación, domiciliado en esta ciudad de Pasto, es deudor del doctor José María Bucheli, o sea, de sus herederos, o de la sucesión que éstos representan, y está obligado a pagarles, dentro de seis días, la suma de mil novecientos nueve pesos con sesenta y nueve centavos (\$ 1,909-69) oro.

"3° Absueltos los herederos del doctor José María Bucheli de los cargos deducidos contra ellos en la demanda de reconvencción propuesta por el señor Liquidador del Banco del Sur,

"Costas comunes."

El Tribunal Superior de Pasto, por razones distintas de las de la sentencia de primera instancia, la confirmó en todas sus partes.

El apoderado del Banco del Sur interpuso contra el fallo del Tribunal recurso de casación que la Corte admite por reunir las condiciones legales para ello, y procede a resolver en el fondo.

Tanto el apoderado del recurrente ante el Tribunal como el que lo representa ante la Corte, alegan, en primer término, la segunda causal de casación.

No se ha fallado, dice el primero, la excepción perentoria de petición antes de tiempo o de un modo indebido, propuesta en la contestación de la demanda.

Basta observar al respecto que el Tribunal confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia, la cual declara:

"1° No probada la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido, y probada la excepción de prescripción para reclamar intereses, propuesta a la demanda principal."

El autor del recurso ante la Corte expone que los demandantes debieron pedir la revisión de la cuenta corriente llevada por el Banco del Sur al doctor José María Bucheli, para que se rectificara de acuerdo con las pretensiones que alegaban, y como consecuencia de tal revisión y rectificación se les reconociera y mandara pagar el saldo acreedor que resultara a favor de ellos; pero como tal cosa no se hizo, como los demandantes no pidieron que se rectificara la cuenta, el Tribunal, al revisarla en su sentencia, admitió y falló una acción que no había sido materia de la controversia, y que no se había propuesto a la decisión judicial. Por este motivo, dice, debe casarse la sentencia y absolverse al Banco de la demanda contra él propuesta.

Considera la Corte que este reparo parte de la base de que el contrato celebrado entre el Banco del Sur y el doctor Bucheli fue el de cuenta corriente que define y reglamenta el Título noveno del Código de Comercio, cuestión que ha sido ampliamente debatida en el juicio, y que el Tribunal resolvió en sentido negativo, de modo que desde este punto de vista la causal segunda alegada, carece de fundamento.

De otro lado el saldo que demandan los herederos del doctor Bucheli tiene precisamente su razón de ser en la rectificación de los errores que a su juicio tiene la liquidación de la cuenta hecha por el Banco sobre las operaciones que se desarrollaron en virtud del contrato celebrado entre éste y el doctor Bucheli. La demanda del saldo y los fundamentos de ella implican el examen y la revisión de la cuenta.

Por el mismo concepto, y fundado en la segunda causal de casación, alega el recurrente que como la acción propuesta de pago de un saldo líquido determinado era improcedente para revisar y rectificar la cuenta corriente llevada por el Banco del Sur al doctor Bucheli, y los demandantes carecían de acción para reclamar el pago de un saldo que no estaba admitido ni reconocido a su favor, el Tribunal ha debido reconocer y admitir las excepciones perentorias propuestas, de improcedencia y carencia de acción, y de acuerdo con ellas ha debido absolver al demandado.

Como se ve, esta acusación no consiste en que el Tribunal se haya abstenido de considerar y fallar las ex-

cepciones propuestas, sino en no haber fallado de acuerdo con ellas, lo que no pertenece a la causal segunda, sino que es objeto de la primera causal de casación. En el cuerpo de la sentencia el Tribunal consideró y disertó sobre las excepciones para desecharlas.

Repítese también el cargo de que no fue fallada la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido; pero ya se vio que tal excepción fue expresamente desechada por el Juez, cuya sentencia confirmó el Tribunal en todas sus partes.

Observa luego el autor del recurso que aunque el Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de prescripción de los intereses del saldo, como tal sentencia, a pesar de esa declaración, liquidó intereses ya prescritos, la del Tribunal debe casarse y reconocer la Corte la excepción de prescripción de los intereses, y fallar el pleito de acuerdo con ella.

Estima la Corte que el mismo recurrente advierte que la excepción sobredicha fue expresamente considerada y fallada, por lo cual no cabe alegar al respecto la segunda causal de casación. Cuanto a la primera, oportunamente se verá si son o no eficaces los cargos que por ese aspecto le hace el autor del recurso a la sentencia.

Por último, acusa el fallo por no hallarlo de acuerdo con lo pedido en la demanda de reconvención; pero basta observar que no hay causal segunda de casación, esto es, incongruencia entre lo pedido y lo fallado, cuando se resuelven de una o de otra manera en la sentencia las peticiones de la demanda y las excepciones propuestas. Si hubo errores que condujeron a fallar en contra de la verdad de los hechos o de las prescripciones del derecho, eso es materia de la causal primera de casación.

Desde el punto de vista de esta causal, el recurrente acusa la sentencia por los siguientes motivos:

a) Error de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda, pues en ésta se pidió el pago de un saldo fijado por los demandantes, que no estaba aceptado ni reconocido en forma alguna por el demandado, ni había sido concretado anteriormente; y el Tribunal, confundiendo la relación de hechos con la causa o razón de la demanda, estimó que se había pedido la revisión y rectificación de la cuenta corriente llevada por el Banco del Sur al doctor José María Bucheli, y entró a revisar y a rectificar dicha cuenta, incurriendo así en error de derecho y en evidente error de hecho en la apreciación de la demanda.

b) De otro lado, continúa el recurrente, la petición de un saldo líquido y determinado que no ha sido previamente reconocido ni decretado en forma alguna y que es la consecuencia de la revisión de una cuenta, es una petición antes de tiempo y de modo indebido, puesto que debe preceder la revisión de la cuenta, de la cual se deduce el saldo. Y sin embargo el Tribunal ante la sola petición del pago del saldo, que era una petición antes de tiempo, entró a revisar la cuenta corriente llevada por el Banco del Sur al doctor Bucheli, lo que no se había pedido, incurriendo así en error de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda y de la acción propuesta por los herederos del doctor Bucheli.

c) Al analizar las peticiones de la demanda, dijo el Tribunal:

"Al pedir la condenación, esos demandantes pidieron que se condenara al pago de una suma determinada,

procedente del movimiento de la cuenta originada en el Banco del Sur por el contrato de 21 de febrero de 1908, o lo que resultare probado deber 'por tal concepto.' ¿Cuál concepto? No otro que el de movimiento de dicha cuenta. Debe entenderse que al hablar así se tomó la palabra concepto en el significado de causa, sinonimia aceptada por el uso y por la Academia. Luego la acción está determinada y prospera."

El recurrente estima que el Tribunal erró de hecho en la interpretación de la demanda, porque el término concepto no debe tomarse por causa, ya que no hay sinonimia entre los dos vocablos, y, por tanto, lo que se demandó fue un saldo determinado y no el que después de la revisión de las cuentas resultare de las probanzas.

Todos estos errores del sentenciador, según el recurrente, conducen a establecer la violación del artículo 745 del Código de Comercio, el cual reconoce diversas acciones clara y precisamente determinadas: para solicitar el arreglo de la cuenta corriente; para solicitar el pago de un saldo judicial o extrajudicialmente reconocido; para solicitar la rectificación de la cuenta por errores de cálculo, omisiones, etc.; y como los demandantes no ejercitaron sino la acción de pago de un saldo que no estaba judicial ni extrajudicialmente reconocido, y no la rectificación de la cuenta corriente, el Tribunal incurrió en error de derecho al tomar la acción de pago de un saldo como rectificación de la cuenta corriente, con lo cual incurre también en manifiesto error de hecho y viola el referido artículo 745 del Código de Comercio, lo mismo que el 835 del Código Judicial, que ordena fallar únicamente lo que ha sido demandado.

A esto se observa que todos los razonamientos anteriores descansan sobre la base de que el contrato celebrado por el doctor José María Bucheli y el Banco del Sur fue el de cuenta corriente que define y reglamenta el Título 9º del Código de Comercio; pero como el Tribunal estimó que tal contrato no era de esa naturaleza, carece de fundamento la argumentación del autor del recurso, ya que ella parte de puntos de vista que la sentencia rechaza; adelante se verá, cuando se trate de la acusación sobre este punto, si el Tribunal erró o no en la calificación jurídica del contrato.

Por otra parte, suponiendo que se tratara de una cuenta corriente, es insostenible ante los términos de la demanda y sus fundamentos, que los actores se hubieran contraído a reclamar el saldo ya reconocido judicial o extrajudicialmente de la cuenta, pues la suma demandada o la que resulte a deberse por el concepto del movimiento de la cuenta, provenía precisamente de la rectificación, análisis, pruebas y contrapruebas de ella.

De modo que es a todas luces infundado el cargo de error de hecho en la interpretación de la demanda. Cuando el saldo ha sido reconocido, la acción que procede es el cobro por vía ejecutiva.

El Juez, en el concepto de que se trataba de una cuenta corriente, declaró probada la excepción de prescripción de los intereses del saldo propuesta por el demandado, desde la fecha en que terminó dicha cuenta, esto es, desde el 31 de diciembre de 1918. En esa fecha, dice el Juez, quedó fijado el estado de las relaciones jurídicas de las partes y determinada la persona del acreedor y del deudor.

Y como de allí a la fecha en que se dio traslado de la demanda han transcurrido más de cinco años, es el caso de declarar prescritos los intereses del saldo de la cuenta corriente, conforme al artículo 745 del Código de Comercio.

El Tribunal, que no admitió la calificación del contrato hecha por el Juez como de cuenta corriente, y que por tanto consideró inaplicable el artículo 745 citado, confirmó sin embargo la sentencia del inferior en ese punto, teniendo en cuenta que él favorecía al apelante y que no había sido materia de alza por parte del actor. Si se considera ese punto, dice el Tribunal, habría de variarse desfavorablemente la situación legal del recurrente, lo que sería violatorio de la ley expresa (artículo 15 de la Ley 169 de 1896).

Ataca el recurrente esta parte del fallo porque el Juzgado en su sentencia, no obstante haber declarado fundada tal excepción de prescripción, rectificó, modificó y revisó los intereses comprendidos durante todo el tiempo de la prescripción, desde la iniciación de la cuenta corriente hasta el veintidós de agosto de mil novecientos veintiuno, y ordenó pagar un saldo formado precisamente por esos intereses ya prescritos y declarados prescritos, quedando sin efecto alguno la prescripción, e incurriendo en errores de hecho y de derecho.

No es exacto, continúa exponiendo el recurrente, que el Banco del Sur hubiera quedado favorecido con la excepción de prescripción de los intereses, como lo estimó el Tribunal, porque, como se ha dicho, la excepción fue puramente nominal, ya que el Juzgado entró a revisar, modificar y rectificar los intereses prescritos durante todo el tiempo de la prescripción. Por estos motivos, concluye, debe casarse la sentencia para que en el nuevo fallo, teniendo en cuenta la excepción de prescripción alegada, no se modifiquen en forma alguna los intereses liquidados, cargados y cobrados por el Banco del Sur en la cuenta corriente del doctor Bucheli, desde que se inició hasta el veintidós de agosto de mil novecientos veintiuno, tiempo durante el cual tales intereses están prescritos conforme al artículo 745 del Código de Comercio, violado directamente por el Tribunal.

En otro paso del alegato el recurrente alega que por el mismo concepto fueron violados los artículos 182 del Código de Comercio y 2512 y 2535 del Código Civil. El Tribunal, a su juicio, ha debido considerar extinguida la acción para cobrar intereses hasta el veintidós de agosto de mil novecientos veintiuno, y ha debido abstenerse de revisarlos y ordenar su reembolso en virtud de la prescripción cumplida y alegada oportunamente.

Considera la Corte que toda esta argumentación descansa sobre la errada inteligencia que el recurrente le da al artículo 745 del Código de Comercio, pues tal artículo habla de la prescripción de los intereses del saldo, no de los intereses que se vayan causando durante el movimiento de la cuenta y que se imputan a las partidas respectivas de ella, pues si mientras dura la cuenta no se ha determinado quién es el acreedor y quién el deudor, ya que es su conclusión la que establece ese estado, según el artículo 741 del Código de Comercio, sería de todo punto inaceptable que corriera una prescripción contra quien no tiene acción para pedir.

Ahora bien, el Juez declaró prescritos los intereses del saldo que resultó después de finalizada la cuenta, por haber corrido el término de la prescripción y, por lo mismo, no los computó para deducir el saldo defini-

tivo a cargo del Banco, con lo cual, como dice el Tribunal, quedó éste favorecido.

Se diserta sobre la base de que fuera aplicable el artículo 745 del Código de Comercio, porque en el punto de prescripción el Tribunal confirmó la sentencia del Juez sin considerar los motivos en que se fundó, por las razones que antes se expresaron.

Dice el recurrente que tanto los demandantes como el demandado han reconocido que el contrato que celebraron fue de cuenta corriente, de los definidos en el Título 9° del Código de Comercio, que así lo expusieron los demandantes en la demanda, lo confirmó el Banco en la respuesta, lo afirmó éste en la demanda de reconvencción y lo reconocieron los demandados en la respectiva contestación. Y no obstante admitir el Tribunal la conformidad de las dos partes litigantes, acerca de la naturaleza del contrato celebrado entre el doctor Bucheli y el Banco del Sur, contrato que según ellos es de cuenta corriente, entra el Tribunal a variar la calificación del contrato negando que sea de cuenta corriente y declarándolo de simple cuenta de depósito y gestión bancaria, con lo cual incurre en error de derecho y en error de hecho evidente, ya que no podía variar la naturaleza del contrato celebrado e interpretado por las partes.

Entiende que al proceder así el Tribunal incurrió también en la segunda causal de casación por haber fallado en contra de lo que a su decisión sometieron las partes.

Estima esta Superioridad que la calificación jurídica de un contrato no corresponde a los contratantes sino a la ley, de modo que si éstos llaman venta a un contrato de arrendamiento, por ejemplo, no ha de entenderse por ello que el contrato, que conforme a la ley es una venta, ha de trocarse en el otro por haberlo calificado así las partes. Al Juez corresponde aplicar el derecho de acuerdo con los hechos probados, sin que puedan obligarle las apreciaciones jurídicas que hagan los litigantes, si se apartan de la ley y de los principios de la jurisprudencia.

Pero arguye el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho y en error de hecho evidente en la apreciación misma del contrato y del documento en que se hizo constar, al considerarlo, no como de cuenta corriente, que fue lo que quisieron celebrar, intentaron celebrar y celebraron el Banco del Sur y el doctor José María Bucheli, sino como cuenta de depósito y de gestión bancaria, según el concepto del Tribunal.

"En efecto, dice el recurrente, en el contrato celebrado entre el doctor Bucheli y el Banco del Sur el 21 de febrero de 1908, folio 42, se estipuló: que el doctor Bucheli podía girar contra el Banco por sumas no menores de \$ 25 cada una, en cheques, hasta completar la suma de \$ 5,000, y que desde que fuera pagado cada cheque abonaría al Banco intereses al uno por ciento mensual, hasta la conclusión del contrato; que el doctor Bucheli consignaría, cuando lo tuviera por conveniente, sumas no menores de \$ 100 para acreditarlas a su cuenta corriente, y por cuyas consignaciones el Banco le abonaría el interés del 8 por 100 anual; que al terminarse el contrato celebrado de cuenta corriente, el doctor Bucheli reconocería como saldo líquido a su cargo el que resultara de los libros del Banco, y que el contrato duraría hasta el 31 de diciembre de 1908.

"Se reunieron, pues, los elementos esenciales que para la existencia del contrato de cuenta corriente exige el

Código de Comercio en su artículo 730, por lo cual el contrato celebrado fue el de verdadera cuenta corriente, así entendido por las partes contratantes.

"Y como el contrato celebrado entre el doctor Bucheli y el Banco del Sur fue el de cuenta corriente y así se llevó en los libros del Banco, el Tribunal, que desconoce la existencia de tal contrato y le da una denominación que no es la legal, incurre en error de derecho y en error de hecho evidente, tanto en la apreciación del contrato como en la estimación misma del documento en el cual se hizo constar ese contrato; y por este motivo debe cassarse la sentencia para que en el nuevo fallo que se dicte se considere y estime el contrato como lo que ha sido en realidad, como un contrato de cuenta corriente."

Como consecuencia de tales errores, alega el autor del recurso que el Tribunal violó los artículos 730, 731 y 743 del Código de Comercio, por no haberlos aplicado al caso del pleito; el artículo 1618 del Código Civil, por haberse desviado de la regla de interpretación de los contratos de que trata esa disposición legal, y además el 182 y el 939 del Código de Comercio y el 1653 del Código Civil por indebida aplicación.

El Tribunal, para resolver qué clase de contrato era el celebrado por el Banco del Sur y el doctor Bucheli, hizo el siguiente razonamiento:

"Las cláusulas del documento de contrato celebrado entre el Banco del Sur y el doctor José María Bucheli, no establecen la creación de una cuenta corriente entre los dos, en conformidad con la definida por el artículo 730 de la obra mencionada. Por el contrario, según lo estipulado en el documento del 21 de febrero de 1908, se ve que el Banco del Sur abre un crédito en descubierto a favor del señor José María Bucheli, en cuenta corriente, por la suma de \$ 5,000 plata, suma que el doctor Bucheli podía retirar del Banco por medio de cheques, en el plazo de diez meses, debiendo abonar dicha suma en el mismo plazo. Según esto, no parece que se hubiera establecido la reciprocidad de las remesas exigida por el Código de Comercio. Y esto es tan cierto, que no hay la posibilidad de suponer que el Banco pudiera haber remitido, a su arbitrio, valores o efectos a su corresponsal Bucheli. Este es el único que tiene la calidad de remitente y el Banco sólo es un depositario de la suma prestada. Esa calidad de depositario resulta de la obligación en que, por el hecho de haber abierto el crédito, el Banco se encontraba de mantener a la orden de Bucheli la suma acreditada o el saldo no girado aún. Esta obligación de tener a la orden es esencialmente contraria a la cuenta corriente de que se ocupa el artículo 730 del Código de Comercio."

La Corte es de concepto que el Tribunal acierta en la calificación del referido contrato, el cual, como bien lo dice el sentenciador, tiene elementos que no se amoldan al de cuenta corriente, de que trata el Título noveno del Código de Comercio. Basta, pues, considerar que no hay reciprocidad en las remesas, y que el Banco tenía la obligación de mantener en depósito a la orden del doctor Bucheli la suma prestada, para que él la fuera retirando por medio de cheques, lo que se opone a la naturaleza de la cuenta corriente, conforme se desprende de lo que preceptúa el artículo 730 del Código de Comercio.

Ya esta Corte en caso análogo había resuelto el punto de acuerdo con el concepto del Tribunal, acogiendo la misma transcripción que éste hace en su sentencia de

los claros comentarios del profesor Vivanti en su Tratado de Derecho Mercantil, y que dicen:

"Hay apertura de crédito cuando un comerciante, por lo regular un banquero, se obliga a suministrar a su cliente las sumas que necesite, y éste a su vez se obliga a restituírselas aumentadas por los intereses y los derechos de comisión debidos por aquel servicio. Por lo común se fija un límite a la duración del contrato y a la suma total del crédito, mientras el cliente conceda al banquero una garantía hipotecaria o una fianza hasta aquel importe. A veces se otorga al cliente la facultad de hacer reembolsos parciales con los que puede cancelar en todo o en parte las remesas que se le hicieron, y gozar nuevamente por entero del crédito, reducido naturalmente por el uso que de él había hecho. En este caso se dice que tiene crédito abierto en cuenta corriente. La semejanza del nombre y el cruce de las remesas no deben hacernos creer que hay entonces un contrato de cuenta corriente, puesto que falta el requisito esencial de él, o sea la recíproca concesión del crédito. Aquí un banquero no tiene derecho de hacer envíos al cliente cuando le plazca y acreditarse de ellos; sólo el cliente, que es dueño del negocio, puede exigir remesas cuando lo necesite. Estas remesas pueden hacerse en diversas formas, con el descuento de letras de cambio, con el pago de cheques, con el pago de moneda corriente; y el banquero debe satisfacer el pedido, mientras no esté agotada la suma convenida. El cliente deberá reembolsarla por completo en el término estipulado, además de los intereses y de los derechos de comisión, que corresponden al banquero, tanto por la apertura del crédito, como por cada una de las remesas en particular." (Véase sentencia de la Corte de fecha 9 de septiembre de 1929).

Expone el recurrente que con ocho declaraciones de testigos contestes y uniformes se acreditó la costumbre establecida por el Banco del Sur de capitalizar sus intereses de cuentas corrientes semestralmente y de repartir, entre los accionistas, dividendos entre los cuales estaban incluidos los intereses de las cuentas corrientes capitalizados semestralmente, costumbre que no sólo queda así acreditada sino que sirve para interpretar, llegado el caso, los contratos de cuenta corriente celebrados por el Banco del Sur, y, sin embargo de haber sido el mismo Tribunal quien recibió las declaraciones, hizo caso omiso de ellas en la sentencia, incurriendo con ello en error de hecho y de derecho y violando por tanto los artículos 2º, 4º y 743 del Código de Comercio; 536, 538, inciso 1º; 539, inciso 1º; 541, 607, 735, numeral 4º; 739, numeral 2º, y 936 del Código Judicial.

Considera la Corte que habiendo estimado el Tribunal que el contrato celebrado por el Banco del Sur y el doctor Bucheli no era el de cuenta corriente, definido por el artículo 730 del Código de Comercio, estimación que queda en firme, no era el caso de aplicarle el artículo 743 de allí, que permite a las partes estipular la capitalización de intereses en tal contrato.

Y aunque el sentenciador no hizo mención especial de la costumbre que, dice el recurrente, está probada con las declaraciones de testigos aducidas en la segunda instancia, es lo cierto que el Tribunal, ateniéndose a las voces del contrato bilateral celebrado entre el Banco del Sur y el doctor Bucheli, sostiene con fundamento que las estipulaciones de ese contrato sobre intereses no podrían ser variadas por la sola voluntad de una de las partes,

Es bien sabido que conforme al artículo 1602 del Código Civil, aplicable también a los asuntos comerciales, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no podrá ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Ahora, conforme al artículo 2° del Código de Comercio, las costumbres mercantiles tienen la misma autoridad de la ley siempre que no la contraríen expresa o tácitamente.

El recurrente sostiene que el doctor Bucheli al recibir en su calidad de accionista los dividendos que repartía el Banco, aceptó tácitamente las variaciones que éste hizo en los intereses y en la capitalización de ellos con respecto a los deudores del Banco, desde luego que en tales dividendos estaban comprendidas las ganancias obtenidas por esos conceptos; que hubo por este hecho aceptación tácita de las modificaciones a su contrato, aceptación permitida por el artículo 190 del Código de Comercio, que ha sido violado por el Tribunal al no darle aplicación en el presente caso.

A esto se observa que el artículo invocado del Código de Comercio habla de que constituye aceptación tácita de un contrato propuesto, la ejecución de él manifestada por un hecho inequívoco; y en el punto que se estudia no aparece demostrado que el doctor Bucheli aceptara tácitamente la variación de las cláusulas del contrato que celebró con el Banco.

Si él recibió, como asevera el recurrente, por razón de dividendos, sumas en que estaba comprendida el alza de los intereses y la capitalización de los mismos, impuestas por el Banco a sus deudores, eso no demuestra ni el conocimiento que tuviera del modo como se formaban tales dividendos, ni su asentimiento al cambio de las estipulaciones del contrato de duración fija que él celebró con el Banco.

Por último, acusa el recurrente la sentencia, porque aunque el Tribunal considera que no fue de cuenta corriente el contrato celebrado por el Banco del Sur y el doctor Bucheli, admite sin embargo la revisión del contrato de cuenta corriente que establece el artículo 745 del Código de Comercio, cuando tal disposición, como todo el título de que hace parte, no es aplicable a los contratos que no son de cuenta corriente por disposición expresa del artículo 731 del mismo Código, con lo cual incurre en error de hecho y en error de derecho y viola los acotados artículos 731 y 745 del referido Código. Este cargo es infundado, porque en todo el cuerpo de la sentencia el Tribunal sostiene que la llamada cuenta corriente llevada a virtud de un contrato celebrado por el Banco del Sur y el doctor Bucheli, fue una cuenta simple o de gestión, y no aplicó sino las disposiciones generales para liquidarla y deducir el saldo respectivo.

En razón de 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, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal de Pasto el treinta de septiembre de mil novecientos treinta, y condena al recurrente en las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—Francisco Tafur A.—Manuel Vicente Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre doce de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

En escrito fechado el treinta de enero de mil novecientos veintiséis y repartido al Juzgado 1° del Circuito de Buga, José Gregorio Buenaventura Jiménez dijo:

"Como pretende ser declarado patrono de la Capellanía mandada fundar por el señor Luis de Carazas y que fundó en efecto el Capitán Lorenzo de Monterey, acudo a usted con este escrito en conformidad con el artículo 13 de la Ley 169 de 1896, y acompaño a la demanda en copia auténtica el testamento que dispuso la fundación, la escritura de esta fundación y la prueba suficiente de que por muerte del último patrono, señor Nicolás Jiménez, ha quedado vacante el goce y la administración de la Capellanía, pues éstos son los documentos que según el artículo 327 de la Ley 105 de 1890 se deben presentar previamente con el escrito de demanda."

Más adelante agrega:

"Con esos comprobantes exhibo adicionalmente una copia de lo conducente de la sentencia proferida por el Tribunal del Distrito Judicial de Buga, en la cual declara que no he probado uno de los elementos para declararme patrono de esa misma Capellanía en el juicio que se siguió con el Tesorero del Colegio de Buga como contraparte; pero esa sentencia no entorpece el juicio que ahora propongo, porque el artículo 271 del Código Judicial dice: 'El que demandare una cosa por un título y no lo probare, puede después demandarla por otro;' y el artículo 831 del Código citado, solamente da efectos a la cosa juzgada cuando sea entre las mismas partes que litigaren."

"Demanda. Sirvase pues, señor Juez, admitir esta demanda que establezco ante usted, como Juez competente, para que en sentencia definitiva declare que soy patrono de la Capellanía que mandó fundar el señor Luis de Carazas y que realmente fue fundada en tierras de Las Guabas, situadas en el Municipio de Guacarí, es decir, dentro del Circuito de Buga."

Expuso a continuación los hechos y el derecho en que funda esa demanda, y concluye así:

"Una vez que cualquiera de los interesados por sangre, que son los que pueden ser contrapartes, sea declarado patrono, expira el derecho devoluto del colegio por el mismo hecho, conforme al significado de esa expresión. No vuelve a intervenir en este juicio el Colegio de Buga porque su intervención si está ya juzgada y porque no le atañe ningún interés en el recto sentido de esa palabra."

El Juzgado emplazó en legal forma a todos los que se creyeran con derecho a intervenir en el juicio, y, como ninguno compareció, nombró defensor de ausentes a don Pedro María Lerma, quien contestó la demanda el treinta de junio de mil novecientos veintiséis, sin hacerle ninguna objeción.

En escrito fechado el veinte de febrero del mismo año, don Pablo G. Potes, con poder conferido por el Rector y el Tesorero del Colegio Académico de Buga, dijo al Juzgado:

"Haciendo uso de las facultades que se me han conferido, y aunque la demanda opina que el colegio a quien

represento no tiene interés en este asunto, yo, en representación de sus derechos e intereses, opinando con dicho colegio lo contrario, y siguiendo sus instrucciones, de hecho y haciendo uso del derecho que la ley concede a mi parte para intervenir en el asunto, por creer que comprometo sus intereses, vengo a entablar oposición a la demanda y a constituirme parte, para el efecto de defender sus derechos, derechos que concreto ligeramente, en esta vez, así:

"Primero. Por Decreto del Gobierno, de 31 de mayo de 1845, cumpliendo la disposición efectiva del 19 de febrero del mismo año, la Capellanía que reclama hoy el señor don Gregorio Buenaventura fue adjudicada al colegio, a falta de representante legal, que lo era el capellán respectivo.

"Segundo. El doctor José Ignacio Valenzuela, como curador de Manuel José Jiménez, reclamó en nombre de éste la misma capellanía, que entonces gozaba el doctor Nicolás Jiménez, demanda propuesta el 8 de junio de 1846.

"Tercero. En esta demanda se consideró como parte al colegio, que entonces regentaba el abogado y presbítero doctor Cornelio Cabal, quien se opuso a tal pretensión por escrito de 10 de junio del mismo año; y el señor Juez Letrado, doctor Manuel Antonio Sanclemente, mandó a emplazar a todos los interesados, y es de creer que no fue favorable el resultado final al entonces reclamante, porque el actor señor Buenaventura no ha presentado la sentencia que por este lado le favorezca.

"Cuarto. El mismo actor, señor don Gregorio Buenaventura, promovió juicio ante el Juzgado 2º de este Circuito, con las mismas pretensiones, el cual fue decidido por sentencia final del Tribunal, de fecha 24 de noviembre de 1917, en que se hizo parte el colegio, y cuya decisión fue favorable a éste, en el sentido de que la parte actora no comprobó su aserto.

"Quinto. En el juicio actual, a que se refiere este memorial, el actor, señor Buenaventura, dirige su demanda, con las mismas pretensiones de que se le declare capellán de la capellanía mandada fundar por Luis de Carazas, y siendo así que es en esta capellanía en la que tiene intereses el colegio, no hay duda que éste debe intervenir como parte.

"Sexto. El actor, con los comprobantes que ha presentado, no ha comprobado el derecho a la capellanía que pretende."

Dado en traslado ese escrito al demandante, éste lo impugnó y todo se siguió bajo una sola cuerda.

El Juzgado dictó el fallo de primera instancia el siete de noviembre de mil novecientos veintisiete, el cual declara en su parte resolutive:

"Primero. El señor José Gregorio Buenaventura Jiménez es hoy representante legal de la capellanía fundada por don Luis de Carazas por medio del instrumento otorgado en esta ciudad en el año de 1698; y

"Segundo. No hay motivo de orden jurídico alguno que a título de acción o excepción perentoria legalmente opuestas a la demanda, causa de este juicio, impida el reconocimiento o declaratoria hecha en el punto anterior."

El apoderado de los opositores, señor Potes, apeló de esa sentencia, y el Tribunal de Buga profirió la de segunda instancia el veintinueve de mayo de mil novecientos veintinueve, cuya parte resolutive dice:

"1º José Gregorio Buenaventura Jiménez no ha comprobado el vínculo de sangre que le ligue con Luis de Carazas, fundador de la capellanía a que se refiere su demanda, ni con el presbítero Nicolás Jiménez, de quien se dice fue el último poseedor de ella.

"2º No está probada la excepción de cosa juzgada que propuso el apoderado del colegio de esta ciudad.

"Sin costas."

El demandante, José Gregorio Buenaventura Jiménez, interpuso el recurso de casación, que le fue concedido por el Tribunal, y llegado el negocio a esta Superioridad, el expresado recurrente, por escritura pública otorgada en la Notaría del Circuito de Tuluá, bajo el número 162, el primero de mayo de mil novecientos treinta, cedió a favor de Ricardo Arbeláez Gómez todos sus derechos en lo pertinente en la mentada capellanía, cuyo patronato reclama por medio de este juicio. El cesionario hizo valer su personería, y por medio de apoderado fundó el recurso, que la Corte procede a fallar, previa declaración de que es admisible.

Alega el recurrente las causales 1º y 2º de casación; y, siguiendo el orden ya establecido por esta Superioridad, se pasa a considerar la segunda causal.

Se apoya esta causal de casación—dice el recurrente—en los siguientes motivos:

"1º José Gregorio Buenaventura Jiménez solicitó, en la parte petitoria de su demanda, lo siguiente: 'Sirvase pues, señor Juez, admitir esta demanda que establezco ante usted, como Juez competente, para que en sentencia definitiva declare que soy patrono de la capellanía que mandó fundar el señor Luis de Carazas y que realmente fue fundada en tierras de Las Guabas, situadas en el Municipio de Guacarí, es decir, dentro del Circuito de Buga.'

"El Tribunal resolvió en la sentencia de que me ocupo, esto: 'José Gregorio Buenaventura Jiménez no ha comprobado el vínculo de sangre que lo ligue con Luis de Carazas, fundador de la capellanía a que se refiere su demanda, ni con el presbítero Nicolás Jiménez, de quien se dice que fue el último poseedor de ella.'

"Como se ve, el Tribunal se apartó de los términos del artículo 835 del Código Judicial, porque nada dijo con relación a que Gregorio Buenaventura Jiménez fuera o no patrono de la capellanía fundada por Luis de Carazas, sino que se limitó a decir otra cosa, que si bien pudo considerar como que ella servía de motivo para negar lo pedido como declaratoria fundamental del fallo, no reemplazaba en manera alguna la intención de la parte demandante, que fue la declaratoria de ser él patrono de la capellanía.

"2º Al resolver el Tribunal en la forma que he indicado en el motivo anterior, se vino a decidir sobre un punto que no fue materia de la controversia, pues lo pedido no fue lo resuelto por el Tribunal sino cosa muy distinta."

Basta confrontar, como lo hace el recurrente, la parte petitoria de la demanda con la parte resolutive de la sentencia recurrida para adquirir el convencimiento de que ésta no satisface la vieja máxima, sancionada en el artículo 835 del Código Judicial, *sententia debet esse conformis libelle*. Este precepto, que se amolda a los sanos principios del derecho procesal y de la lógica, requiere que la sentencia recaiga, categóricamente, sobre la cosa, cantidad o el hecho demandado; y como

en el fallo recurrido la decisión recae sobre una cuestión que si bien puede considerarse como la causa pendiente, no es, precisamente, lo que se pide en la demanda, es fundado el reparo del recurrente, y, en tal virtud, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, para que dicte el fallo congruente con lo pedido en la demanda.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre catorce de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

En el juicio ejecutivo promovido por el señor Rafael Madrid S. contra la señora Pobreza Ortiz, introdujo la señora Judit Ortiz una, tercera excluyente, encaminada a obtener las siguientes declaraciones:

"Primera. Que soy dueña y poseedora regular de un lote de terreno situado en el barrio de San Nicolás, de esta ciudad, y comprendido dentro de los siguientes linderos: Norte, con la carrera sexta; Sur, con propiedad que fue de Carlos Solarte; Oriente, con propiedad que fue de Heliodora Castillo, y Occidente, con propiedad de Judit Ortiz; lote que es el mismo que se ha embargado en el juicio ejecutivo referido, por auto de fecha treinta de enero último, y que se ha depositado en mi poder, según diligencia de fecha ocho de marzo de este año.

"Segunda. Que, en consecuencia, tengo mejor derecho que la ejecutada, señora Pobreza Ortiz, y que el ejecutante, señor Rafael Madrid Sierra, al dominio del referido lote de terreno y a la posesión del mismo.

"Tercera. Que, como consecuencia también de las anteriores declaraciones, se ordene el desembargo de dicho lote y se oficie al señor Registrador de instrumentos públicos de este Circuito para que haga la cancelación respectiva.

"Cuarta. Que de conformidad con lo que dispone el artículo 189 de la Ley 105 de 1890, el señor Rafael Madrid Sierra se halla en la obligación de pagarme, dentro de los seis días después de notificado de la sentencia, los perjuicios que he sufrido a virtud del embargo y de las gestiones consiguientes.

"Quinta. Que los demandados deben pagar las costas de este juicio, si lo afrontan."

Indicó como hechos los siguientes:

"1º Cursa en el Despacho al muy digno cargo de usted, un juicio ejecutivo instaurado por el señor Rafael Madrid contra la señora Pobreza Ortiz.

"2º A virtud de denuncia del ejecutante, por auto de fecha treinta de enero del año en curso fue decretado el embargo, depósito y avalúo de la siguiente propiedad:

"Un lote de terreno ubicado en el barrio de San Nicolás, de esta ciudad, y comprendido dentro de los siguientes linderos: por el Norte, carrera sexta de por medio, con casa que fue de Pobreza Ortiz, hoy de Judit Ortiz; por el Sur, con propiedad de Armando Vaccari;

por el Oriente y Occidente, con casa y predio de la misma Judit Ortiz."

"3º El ocho de marzo último practicóse la diligencia de avalúo y depósito, aunque en forma irregular, pues no se dieron en tal diligencia los linderos de lo depositado, lo que quiere decir que el señor Juez no hizo la identificación correspondiente.

"4º En el acto de la referida diligencia hube de oponerme al depósito; pues el bien que el ejecutante señaló en el acto de tal diligencia como el denunciado, es de mi exclusiva propiedad. Por este motivo, el señor Juez dejó en mi poder dicho lote, en calidad de depósito.

"5º Que por escritura pública número 349, de veinticuatro de febrero de mil novecientos veintisiete, de la Notaría 2ª de este Circuito, adquirí a título de compraventa varias propiedades, y entre ellas el lote embargado, y que tengo en calidad de depósito.

"6º La referida escritura fue registrada en la Registraduría de instrumentos públicos de este Circuito, en el Libro 1º de Registro, con fecha veintiocho de febrero de mil novecientos veintisiete.

"7º En la referida escritura se determinó el lote de terreno que hoy se ha embargado en el citado juicio, en la forma siguiente:

"Un lote de terreno ubicado también en el barrio de San Nicolás, comprendido dentro de los siguientes linderos especiales: por el Norte, con la carrera sexta; por el Sur, con propiedad que fue de Carlos Solarte; por el Oriente, con propiedad de Heliodora Castillo, y por el Occidente, con propiedad de Judit Ortiz."

"8º El lote de terreno que se ha depositado y embargado en dicho juicio, es el mismo a que se refiere el hecho anterior, y, por tanto, el mismo a que se refiere el punto c) de la cláusula primera de la escritura pública número 349 citada.

"9º De lo dicho resulta que soy dueña exclusiva del lote de terreno que se ha embargado como de propiedad de la señora Pobreza Ortiz."

Tramitada la tercera, la falló el señor Juez 3º del Circuito de Cali en sentencia de once de diciembre de mil novecientos veintinueve, en sentido favorable a las pretensiones de la tercerista.

El señor Madrid, que se había opuesto a la acción, apeló de la sentencia.

El Tribunal Superior de Cali, en sentencia de diez de diciembre de mil novecientos treinta, confirmó la de primer grado.

Madrid interpuso recurso de casación por medio del memorial de veinticinco de febrero de mil novecientos treinta y uno y la Corte lo admite, por hallarlo dentro de las condiciones legales en orden a la naturaleza y cuantía del asunto.

Vencido en la Corte el término del traslado al recurrente y vencidos también los traslados a los interesados no recurrentes, Madrid adujo un memorial de casación, el que en manera alguna puede ser tenido en cuenta, como que es perentorio el término legal para fundar el recurso ante esta Superioridad.

Se considerará lo expuesto en el memorial presentado al Tribunal, el cual carece, por cierto, de la claridad técnica indispensable en esta clase de asuntos.

Después de citar unos fragmentos de la sentencia y de exponer algunas observaciones, manifiesta el recurrente:

"Por las razones expuestas, acuso la sentencia prenombrada de haber incurrido en error de hecho al apreciar la escritura pública número 349, de veinticuatro de febrero de mil novecientos veintisiete, en que Pobreza Ortiz dice vender a su hija Judit unos inmuebles, puesto que en ese instrumento para nada se hace mención del terreno que ella compró a su hermana Abigail Ortiz; de donde se deduce claramente que ese terreno no quedó incluido en la venta hecha a Judit Ortiz."

Se responde:

El Tribunal expresó que el lote que fue materia de la venta de Abigail Ortiz a Pobreza del propio apellido "es el mismo a que alude ésta en el punto c) de esa misma escritura" (la otorgada por Pobreza a la tercerista); y para llegar a semejante conclusión se apoyó en el dictamen pericial. Así se desprende del párrafo que dice:

"Y si esto es así, porque en ello conviene el dictamen pericial al armonizar los diferentes títulos de propiedad aportados al debate por la tercerista, y si el lote que el ejecutante pretendió embargar para pagarse con él, es el mismo que la ejecutada había vendido de tiempo atrás a la tercerista en unión de otros inmuebles, forzoso es convenir en que ésta ha demostrado con pruebas irrefutables el mejor derecho que tiene sobre tal lote, y que, en consecuencia, debe ser libertado de la traba ejecutiva, como se pide en la demanda."

Síguese de aquí que si el Tribunal, para apreciar, como apreció, la escritura de venta otorgada por Pobreza a Judit Ortiz, en el sentido de que ella incluye el inmueble controvertido en la actual oposición excluyente, tuvo como fundamento la identificación que, en su sentir, resulta del concepto de los peritos, el recurrente ha debido atacar, por error evidente de hecho, la estimación que el sentenciador hizo del referido dictamen pericial. Sin desechar tal dictamen, no es dable asegurar que el Tribunal incidió en un error evidente de hecho en la interpretación que le dio a la susodicha escritura número 349, de veinticuatro de febrero de mil novecientos veintisiete.

El recurrente no impugnó el dictamen pericial de la manera explicada: luego el cargo que se examina no puede prosperar.

En segundo lugar, el señor Madrid S. expone que otro argumento del Tribunal consiste en que, prevaleciéndose de varias hipótesis, mal traídas y peor aplicadas, concluye diciendo lo siguiente:

"..... forzoso es convenir en que ésta ha demostrado, con pruebas irrefutables, el mejor derecho que tiene sobre tal lote, y que, en consecuencia, debe ser libertado de la traba ejecutiva."

Las hipótesis—agrega el recurrente—no envuelven afirmación, sino que son condicionales; de donde se deduce que el Tribunal no tiene certeza en lo que afirma, y no teniéndola, es decir, abrigando duda acerca de la identidad del terreno que disputa Judit Ortiz, debió absolver a los demandados de la tercería.

En estas manifestaciones no aparece formulado ningún cargo propio de la casación (error evidente de hecho, error de derecho, violaciones directas o indirectas de la ley): son apenas una especie de refutación a conceptos de la sentencia, que la Corte no puede examinar por falta de precisión para los efectos del actual recurso extraordinario.

En tercer lugar, alega el recurrente que la sentencia violó los artículos 542 del Código Judicial, 217 de la Ley 105 de 1890, y 1757 y 669 del Código Civil.

Empero, ha de observarse que estas violaciones no son directas: de existir, serían consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; mas como no se han establecido tales errores, es improcedente el cargo de que se trata.

Por tanto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Félix A. Rivera demandó a Luis María Restrepo para que se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que el señor Luis María Restrepo me es deudor por la suma de sesenta y seis mil pesos papel moneda, o sea la suma de seiscientos sesenta pesos oro, con sus correspondientes intereses, a razón del dos por ciento mensual desde el mes de octubre de mil novecientos nueve, hasta la solución de la acreencia o fecha del pago efectivo, el cual debe ejecutar en el término legal que para ello se señale.

"Segunda. Subsidiariamente: que si no fuere el caso de hacer la declaración anterior, se declare que el señor Luis María Restrepo me debe la suma de dinero que en contra de éste y a mi favor lograre yo acreditar en el curso del juicio y para pagar también en el término que se señale.

"Tercera. Que debe pagar las costas del juicio si se empeñare en controversia."

A su vez Restrepo contrademandó a Rivera para que se fallara:

"1º Que el señor Félix A. Rivera C. debe de pagarme la cantidad de ochenta y dos mil trescientos pesos (\$ 82,300) papel moneda, o sean ochocientos veintitrés pesos (\$ 823) oro, al tipo oficial y los intereses correspondientes, a razón del dos por ciento mensual, al contar del seis de octubre de mil novecientos nueve en adelante, hasta que totalmente me haga el pago de lo que adeuda; pago que deberá hacerme en el término de seis días después de notificada la sentencia.

"2º Que me debe pagar las costas del juicio."

El Juez decidió este doble juicio así:

"El señor Luis María Restrepo es deudor del señor Félix A. Rivera C. de la suma de sesenta y seis mil pesos papel moneda, o sea, de la suma de seiscientos sesenta pesos oro, con sus correspondientes intereses legales, desde el mes de octubre de mil novecientos nueve hasta la solución de la acreencia o fecha del pago efectivo, suma

ésta que pagará en el término de seis días, después de ejecutoriada esta sentencia.

"2° No hay lugar a hacer la declaración segunda, es decir, la subsidiaria de la demanda principal.

"3° No hay lugar a hacer las declaraciones I y II de la demanda de reconvención y por lo mismo se absuelve al demandado Félix A. Rivera C. de dichos cargos.

"4° No hay lugar a resolver las excepciones perentorias propuestas por el demandado señor Rivera C. en la demanda de mutua petición.

"5° Se condena al señor Luis María Restrepo al pago de las costas causadas con motivo de este doble juicio."

Ambas partes apelaron, y el Tribunal de Medellín desató la controversia, revocando la sentencia de primera instancia y haciendo estas declaraciones:

"1° Declárase probada la excepción de compensación y extinguidas las deudas de las partes de que trata este doble juicio, de manera recíproca; quedando a este efecto sólo subsistente la obligación a cargo de Luis María Restrepo de pagar a Félix A. Rivera, dentro del término de seis días de notificada y ejecutoriada esta sentencia, la suma de mil quinientos setenta y cinco pesos con noventa y dos centavos (\$ 1,575-92).

"2° No están probadas las excepciones propuestas. Sin costas."

Restrepo interpuso recurso de casación, que se admite por estar acorde con las normas legales.

Considera el recurrente violados, en primer lugar, los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887, por cuanto asentó el sentenciador que no se podía tener a Restrepo como fiador solidario de Rivera, sino como codeudor, porque no se podía variar el contenido del documento por medio de la prueba de testigos.

Dice el pagaré:

"Luis María Restrepo y Félix Rivera C., vecinos de Ituango, por el presente declaramos:

"Que mancomunada y solidariamente somos deudores del señor Juan de D. Cuervo V., vecino de Yarumal, por la cantidad de ochenta y dos mil trescientos pesos (\$ 82,300) papel moneda, procedentes de cuarenta y un cerdos, que tenemos recibidos a nuestra entera satisfacción. La expresada suma la pagaremos a nuestro acreedor en la plaza de Yarumal, el día seis de octubre del presente año, en moneda corriente o en billetes que circulen sin descuentos en el comercio. Plazo fijo, al pasar de él serán de nuestro cargo los gastos de la cobranza y los perjuicios que se le originen a nuestro acreedor por mal cumplimiento de nuestra parte, como también pagaremos el interés de demora del 3 por 100 mensual, sin perjuicio de ejecución. Renunciamos domicilio y vecindad, y para constancia firmamos con testigos en Ituango, a de 1909.

"Luis María Restrepo A.—Félix A. Rivera—Testigo, Ricardo Tobón—Testigo, Julio Toro."

Como se ve por la transcripción, Restrepo figura como codeudor del acreedor, y si bien es cierto que en sus relaciones con el otro deudor Rivera, podía no ser sino fiador, es lo cierto que el sentenciador consideró que ese carácter no estaba demostrado con las declaraciones de Cuervo y Gutiérrez, respecto de las cuales conceptuó:

"Estas declaraciones no suministran datos suficientes para concluir, de acuerdo con la prueba indicial, que Restrepo no se constituyó codeudor con Rivera, de Cuer-

vo, y que su obligación era la de fiador solidario, ya que los indicios requieren prueba separada."

De manera que el sentenciador no desconoció el precepto de que se pueden probar las obligaciones que deben constar por escrito, cuando existe un principio de prueba por escrito, es decir, un escrito del demandado que haga verosímil el hecho litigioso; lo que asentó fue que con las deposiciones de los testigos, que podían ser indicios, no se demostraba que Restrepo no se constituyera codeudor con Rivera, ya que los indicios requieren prueba separada.

Este pasaje ha debido atacarse por error de hecho en la apreciación de esas declaraciones, cosa que no se ha hecho, y por tanto está en pie la aseveración del Tribunal de que con esos testimonios no se ha comprobado el carácter de fiador del señor Restrepo.

Esto en cuanto al hecho, porque respecto del derecho o sea la violación del artículo 93 de la Ley 153, el recurrente no ha señalado la manifestación escrita de Rivera, que es el demandado, que haga verosímil el hecho de que Restrepo sólo se obligó como fiador solidario.

En segundo término se acusa el fallo por violación del artículo 1759 del Código Civil, porque habiendo reconocido el sentenciador que Restrepo se había subrogado en los derechos que el acreedor Cuervo tenía respecto del deudor Rivera, no condenó a éste al pago de los intereses estipulados en el pagaré para el caso de mora.

El Tribunal dijo al respecto:

"... Es decir, Restrepo se subrogó en los derechos del acreedor Cuervo contra Rivera codeudor, teniendo acción para repetir de éste la mitad de lo pagado a aquél por capital e intereses. No consta del juicio la constitución de mora para el pago del crédito; por esto ha de entenderse exigible la acreencia en la fecha ya estipulada, seis de octubre de mil novecientos diez y nueve; y de aquí que no se hayan causado a deber los intereses allí estipulados al acreedor Cuervo; en cuanto a Restrepo, acreedor hoy de Rivera por efecto de la subrogación, si existen en su favor los intereses legales."

Asentado por el fallador que no había mora en el pago, ha debido atacarse esa apreciación para deducir la violación del artículo 1759, porque si no hay mora menos pueden cobrarse los intereses estipulados para ese caso. La violación de ese artículo no podía ser directa, sino una consecuencia del error en que hubiera incurrido el sentenciador al considerar que no se había demostrado la mora.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha octubre veintinueve de mil novecientos veintiocho.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad,

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

Por medio de apoderado, Primitivo Rodríguez, en su propio nombre, Filiberto Vanegas y Gabriel Amaya, en representación de sus respectivos cónyuges, Sara y Bibiana Forero, en escrito de diez de mayo de mil novecientos veintisiete, que fue repartido al Juez 2º del Circuito de Chiquinquirá, expusieron los siguientes hechos:

"1º Que por escritura número 357, de fecha veintiséis (26) de diciembre de mil ochocientos ochenta y ocho, pasada en la Notaría única de Leiva, vende la viuda María del Espíritusanto Duro, un globo de terreno, ubicado dentro de los dos Resguardos, Oriente y Occidente, en jurisdicción del Municipio de Ráquira, denominado El Chochito, y demarcado en la parte petitoria de este libelo, a los señores Bibiana Forero y Pedro Pablo Duro, éste último en representación de Nicolás, Pedro, María de la Cruz y Paulina Cortés, hijos legítimos de Antonio Cortés y Felisa Duro. Dicha venta fue por la suma de trescientos pesos (\$ 300) moneda legal.

"2º Que por escritura número 20, de fecha veintinueve (29) de enero de mil ochocientos noventa y seis, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Chiquinquirá, vende Pedro Pablo Duro a favor de los señores Sandalio y Siervo Forero, las dos terceras partes del terreno llamado El Chochito, tantas veces mencionado, por la cantidad de quinientos veinte pesos (\$ 520) moneda legal.

"3º Que por escritura número 250, de diez y siete (17) de junio de mil ochocientos noventa y seis, pasada ante la Notaría 1ª del Circuito de Chiquinquirá, Siervo Forero vende a Sandalio Forero la parte que le correspondió por compra, a Pedro Pablo Duro, para constituirse de este modo, el último de los otorgantes, dueño de las dos partes compradas a Pedro Duro, por la escritura número 20, de que se hizo mención en el punto anterior. Esta compra fue por la suma de cuatrocientos pesos (\$ 400) moneda legal.

"4º Que por escritura número 228, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Chiquinquirá, de fecha diez y seis (16) de junio de mil ochocientos noventa y siete, Sandalio Forero vende a José Primitivo Rodríguez las dos terceras partes del terreno llamado El Chochito, compradas a Pedro Pablo Duro en socio de Siervo Forero, por escritura número 20, expresada en el punto 2º, más los derechos que Siervo Forero vendió a Sandalio Forero, y que consta en escritura número 250, expresada en el punto 3º; esta compra fue por la suma de cuatrocientos pesos (\$ 400) moneda legal.

"5º Que por escritura número 388, pasada en la Notaría 2ª del Circuito del Centro (Tunja), con fecha veinte (20) de noviembre de mil novecientos diez y siete, los señores María de la Cruz y Paulina Cortés, Nicolás y Pedro Cortés, venden a Sara Forero, mujer casada con el señor Filiberto Vanegas, los derechos y acciones que tienen y les corresponden en un terreno denominado El Chochito, por compra que hicieron a la señora María del Espíritusanto Duro, y que consta en la escritura número 357, a que alude el número 1º de los hechos de esta demanda. El precio de esta venta fue por la cantidad de cinco mil pesos (\$ 5.000) papel moneda."

Fundado en estos hechos el referido apoderado, propuso demanda, por los trámites ordinarios, contra Ra-

fael Reyes y Jorge García, para que se hagan, en sentencia definitiva, las siguientes declaraciones:

"a) A que se declare a los demandados a la restitución y entrega de un terreno denominado El Chochito, ubicado en los partidos de Resguardo Oriente y Occidente, de la jurisdicción de Ráquira, a favor de mis poderdantes arriba mencionados, y que representan a sus legítimas esposas, como únicos dueños del terreno en referencia, y cuyos linderos son los siguientes: por un costado, desde una piedra grande que está en la orilla del río Salado, junto a una mata de roble, tomando hacia el Occidente, en línea recta, a encontrar un surco de matas de fique; luego, por éste arriba, a dar al mojón que se encuentra encima de la loma llamada Los Cucharitos, de aquí, por todo un cimientito arriba, a dar a encima de una cuchilla, lindando con terreno de herederos de Demetrio Parra y Germán González; de aquí, por toda la cima de la cuchilla, a dar a encima de un cerrito, vuelve para abajo a dar al río Salado; éste, abajo, a encontrar con la quebrada Amarilla, lindando por este costado con tierras de Pedro Forero y Salvador Chacón y herederos de Jacinto Cárdenas; vuelve para arriba, a dar a la cima de una loma, de aquí, a dar a la quebrada que baja de donde Anacleto Murcia; toda esta quebrada abajo, a dar al río Salado; todo éste, abajo, a dar a la piedra, primer lindero, y lindando por estos dos costados con propiedades de herederos de Francisco Salinas, Isidro Albañil y Adriano Cuervo.

"b) Que se condene a Rafael Reyes y Jorge García a la entrega del terreno alinderado en el punto anterior, libre de todo gravamen, censo, hipoteca y condiciones resolutorias, a mis poderdantes, como legítimos dueños actuales del terreno.

"c) Que se condene a los demandados como poseedores de mala fe a restituir los frutos naturales y civiles que la finca en referencia haya podido producir, y no solamente los percibidos sino los que los dueños hubieran podido producir con mediana inteligencia, teniendo el terreno en su poder.

"d) En caso de que no existan los frutos enumerados en el punto anterior, que se condene a los demandados al valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción."

Los demandados no contestaron la demanda, y el juicio siguió su curso legal hasta el diez y nueve de noviembre de mil novecientos veintiocho, en que el Juzgado profirió la sentencia de primera instancia, en la cual absolvió a los demandados de los cargos de la demanda.

La parte demandante apeló de esa sentencia, y el Tribunal de Tunja la revocó en su sentencia de veinte de febrero de mil novecientos treinta, y falló así la controversia:

"1º Condénase a los demandados, señores Rafael Reyes y Jorge García, mayores y vecinos de Ráquira, a restituir a los señores Primitivo Rodríguez, Filiberto Vanegas y Gabriel Amaya, los dos últimos como representantes de sus esposas Sara y Bibiana Forero, todos mayores y vecinos de Bogotá, a excepción de Amaya, que lo es de Tinjacá, o a quienes sus derechos representen, un terreno denominado El Chochito, ubicado en los partidos del Resguardo de Oriente y Occidente, de la jurisdicción de Ráquira, alinderado así: por un costado, desde una piedra grande que está en la orilla del río Salado, junto a una mata de roble, tomando hacia el Occidente, en línea recta, a encontrar un surco de matas de fique; luego, por éste arriba, a dar al mojón que se encuentra encima de la loma llamada Los Cucharitos; de aquí, por

todo un cimiento arriba, a dar a encima de una cuchilla, lindando con terrenos de herederos de Demetrio Parra y Germán González; de aquí, por toda la cima de la cuchilla, a dar a encima de un cerrito, vuelve para abajo a dar al río Salado; éste, abajo, a encontrar con la quebrada Amarilla, lindando por este costado con tierras de Pedro Forero y Salvador Chacón y herederos de Jacinto Cárdenas; vuelve para arriba, a dar a la cima de una loma; de aquí, a dar a la quebrada que baja de donde Anacleto Murcia; toda esta quebrada, abajo, a dar al río Salado; todo éste, abajo, a dar a la piedra, primer lindero, y lindando por estos dos costados con propiedades de herederos de Francisco Salinas, Isidro Albañil y Adriano Cuervo. La entrega del terreno antes señalado lo harán dentro de los tres días siguientes a la notificación de éste fallo.

"2° Condénase a los mismos demandados, Rafael Reyes y Jorge García, a restituir a los ya expresados demandantes, los frutos del inmueble en cuestión o su valor, determinados unos u otros en juicio separado, en el alcance que están obligados los poseedores de buena fe; y

"3° Condénase igualmente a los demandados a pagar a los demandantes las costas de la primera instancia del juicio y la cantidad de cincuenta pesos (\$ 50) como multa, por no haber contestado la demanda.

"No se accede a la segunda petición de la misma."

Los demandados interpusieron, y el Tribunal les concedió, el recurso de casación, que la Corte admite, de acuerdo con la ley.

Se alega la causal primera del artículo 2° de la Ley 169 de 1896, y en apoyo de esta causal se exponen los siguientes motivos:

"Primer motivo. Por la escritura número 357, de veintiséis de diciembre de mil ochocientos ochenta y ocho, otorgada ante el Notario de Ráquira, María del Espiritusanto Duro, mujer viuda, vendió a Bibiana Forero y a Nicolás, Pedro, María de la Cruz y María Paulina Cortés, los cuatro últimos representados en el acto del otorgamiento por Pedro Pablo Duro, el terreno de que trata ese instrumento y por los linderos allí expresados. Los trescientos pesos, precio de la compraventa, dice la vendedora que los tiene recibidos en esta forma: cien de Bibiana Forero, cien de Pedro Pablo Duro y cien a nombre de los cuatro Cortés mencionados. (Cuaderno 1°, folios 1 y 2).

"En la escritura número 20, otorgada ante el Notario 1° de Chiquinquirá, el veintinueve de enero de mil ochocientos noventa y seis, dijo Pedro Duro que vende a Sandalio y Siervo Forero los derechos y acciones que tiene en un terreno denominado El Chochito, jurisdicción de Ráquira, derechos y acciones equivalentes a las dos terceras partes de dicho terreno, la misma (sic) que hubo por compra, según dice el vendedor, a María del Espiritusanto. (Cuaderno citado, folios 4 y 5).

"Siervo Forero vendió a Sandalio Forero, por escritura número 250, pasada ante el Notario 1° de Chiquinquirá, el diez y siete de julio de mil ochocientos noventa y seis, los derechos y acciones que, en asocio del comprador, obtuvo de Pedro Duro, en el terreno de que trata la escritura número 20, y le vende, además, los derechos y acciones que le correspondan en la sucesión de su madre Espiritusanto Duro. (Cuaderno citado, folios 6 a 8).

"El veinte de noviembre de mil novecientos diez y siete, por escritura número 388, otorgada ante el Notario 2° de Tunja, María de la Cruz, Paulina, Nicolás y Pedro,

Cortés vendieron a Sara Forero, casada con Filiberto Vanegas, los derechos y acciones en un terreno llamado El Chochito, derechos y acciones que hubieron por compra a María del Espiritusanto Duro. (Cuaderno citado, folios 8 y 9).

"Sandalio Forero vendió a Primitivo Rodríguez, según escritura número 228, de diez y seis de junio de mil ochocientos noventa y siete, otorgada ante el Notario 1° de Chiquinquirá, cuatro derechos y acciones que tiene y le corresponden en un terreno ubicado en el sitio denominado El Chochito, así: los que le corresponden por herencia de su madre María del Espiritusanto Duro, más dos derechos y acciones que hubo por compra a dicho Siervo Forero. (Cuaderno citado, folios 10 a 12).

"Dejando de lado el punto referente a saber si Pedro Duro adquirió o no derecho alguno en el terreno de que se trata, a virtud del contrato consignado en la escritura 357, primeramente mencionada, y si, como consecuencia, era dueño de los derechos y acciones equivalentes a las dos terceras partes que vendió a Sandalio y Siervo Forero por la escritura número 200; y admitiendo en supuesto gracioso que el fundo a que se contrae el primero de estos títulos es el mismo de que tratan las escrituras posteriores aquí citadas, y que hay identidad entre esa finca y la que determina el libelo de demanda, no es dudoso, en mi entender, que lo que cada uno de los actores tienen en ese terreno son derechos y acciones, pero no cuota determinada, y muchísimo menos la propiedad plena, nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa.

"En efecto, si respecto de Bibiana y Sara Forero pudiera pensarse que es fácil determinar la cuota que a cada cual corresponda, concretándola, bien a la mitad del terreno para cada una, por estimar que desde que la escritura de venta hecha por María del Espiritusanto fue a favor de la primera y de los Cortés—posteriores vendedores de Sara—sin discriminación de partes, o en atención a que como Bibiana no pagó sino la tercera parte del precio total, lo que adquirió fue una cuota igual a esa tercera parte, y que las otras dos pertenecen a Sara Forero, o por mitad a ésta y a Primitivo Rodríguez, según que se estime que Pedro Pablo Duro adquirió o no y pudo vender la tercera parte correspondiente al precio pagado por él a María del Espiritusanto, es lo cierto que esa determinación de cuotas no existe, ni existir puede, por lo tocante a los derechos y acciones de Siervo y de Sandalio Forero en el mismo terreno, provenientes de la sucesión de su madre María del Espiritusanto Duro, y vendidos por el segundo al actor Primitivo Rodríguez. Siendo así que Primitivo Rodríguez es dueño, además de los derechos y acciones que Siervo y Sandalio Forero tuvieron en la misma finca como hijos de María del Espiritusanto Duro (escritura 228 citada), se sigue, en primer término, que por la escritura originaria 357, los compradores que allí figuran no adquirieron la totalidad del dominio en ese fundo, porque en él estaban vinculados, además, los derechos herenciales de Siervo y Sandalio Forero, y en segundo, que no conociéndose la cuantía de estos derechos indeterminados, quedan en el terreno tanto los provenientes de la herencia de la Duro, como los comprados a ella por escritura 357 y las posteriores.

"Si por lo visto es imposible determinar las cuotas que a cada actor corresponden en la finca, es fuerza convenir en que la acción reivindicatoria es improcedente, y que el sentenciador quebrantó directamente, y por indebida aplicación al caso del pleito, los artículos 946 y 949 del Código Civil."

Todo este cargo está apoyado en dos conceptos, igualmente infundados:

a) Que la demanda tiene por objeto que se restituya a cada uno de los demandantes, Primitivo Rodríguez, Sara Forero de Vanegas y Bibiana Forero de Amaya, una cuota proindiviso en el terreno denominado El Chochito; y

b) Que Primitivo Rodríguez tiene en ese terreno, además de la tercera parte que perteneció a Pedro Pablo Duro, los derechos herenciales que correspondían a Siervo y Sandalio Forero en la sucesión de María del Espiritusanto Duro; mas esto no es exacto, pues en cuanto a lo primero, se observa que los tres demandantes, únicos propietarios del predio El Chochito, conjuntamente reivindicaron la totalidad de dicho predio, y no cuotas determinadas de él; y que, en cuanto a lo segundo, como claramente lo demuestra la escritura pública número 357, de veintiséis de diciembre de mil ochocientos ochenta y ocho, María del Espiritusanto Duro vendió el mismo predio de que se trata, sin reservarse parte alguna de él, a Bibiana Forero, Pedro Pablo Duro (cuyos derechos demanda hoy a Primitivo Rodríguez), y Nicolás, Pedro María de la Cruz y María Paulina Cortés (a quienes hoy representa Sara Forero de Vanegas), y, por consiguiente, al morir dicha vendedora, ningún derecho pudo dejarles en ese terreno a sus herederos Primitivo y Sandalio Forero.

Además, como se lee en la escritura número 250, de la Notaría del Circuito de Chiquinquirá, de fecha diez y siete de junio de mil ochocientos noventa y seis, los derechos y acciones vendidos por Siervo Forero, como heredero de María del Espiritusanto Duro, "están constituidos—dice—únicamente en un terreno contiguo" al de El Chochito, y no en este terreno. Es, por tanto, infundado este primer cargo.

"Segundo motivo. Por vía de discusión, y no obstante ser patente la indeterminación de los derechos herenciales que a Primitivo Rodríguez corresponden en el terreno materia de la litis, admitase que la totalidad del fundo corresponde en cuotas determinadas a aquél y a las esposas de los otros dos demandantes. Aun en ese supuesto, es indiscutible que entre los tres existe una comunidad, y por lo mismo, la acción de dominio debía intentarse en nombre de la comunidad y para ella. Los actores no sólo no piden para la comunidad, ni incidentalmente siquiera la mencionan, sino que obran individualmente y pretenden la restitución directamente para ellos, como resulta del siguiente paso del capítulo 1º de la demanda, lastimosamente formulado: 'a que se declare a los demandados a la restitución y entrega de un terreno denominado El Chochito, ubicado en los partidos de Resguardo Oriente y Occidente, de la jurisdicción de Ráquira, a favor de mis poderdantes arriba mencionados (subrayo).' (Cuaderno 1º, folio 15).

"Si ninguno de los demandantes es dueño absoluto de la totalidad del terreno que se reivindica, es claro que no podía pretender la restitución de todo el fundo, sino de la cuota que le corresponda. La acción intentada no es para tener la cuota respectiva, sino para que se restituya el terreno demandado, esto es, la totalidad de él, derecho de que cada cual carece, por pertenecer la finca a los tres, en la proporción de sus adquisiciones.

"De consiguiente, al condenar el Tribunal a mis representantes a restituir a Primitivo Rodríguez, Heliodoro Vanegas y Gabriel Amaya el terreno en disputa, quebrantó, por indebida aplicación al caso del pleito, los artículos 946, 949 y 950 del Código Civil."

En el libelo de demanda se pide la restitución de la totalidad del terreno denominado El Chochito a favor de los únicos condueños Primitivo Rodríguez, Sara y Bibiana Forero; y siendo así que los comuneros conjuntamente piden para sí la totalidad de la cosa común, quien pide es la comunidad, como si un propietario singular pidiera para sí, y en tal caso no hay porqué expresar que se pide para la comunidad o a nombre de ésta, ya que la comunidad no forma, como la sociedad, una persona jurídica distinta de los condueños, individualmente considerados. El cargo carece de fundamento.

"Tercer motivo. El sentenciador incurrió en error de derecho en la interpretación de la demanda. Proviene ese error de que pasó por alto la existencia de la comunidad entre los demandantes, y los consideró como dueños absolutos de la totalidad de la finca, y en ese concepto decretó directamente para ellos la restitución, sin tener en cuenta que a cada uno de los tres no corresponde en ella sino derechos y acciones, alguno de los cuales no dan acción de dominio, sino otra distinta, y reglamentada por separado. Este error lo llevó a quebrantar nuevamente, por aplicación indebida, los artículos 946 y 950 del Código Civil.

"En refuerzo de las acusaciones que anteceden y de los motivos que las sustentan, invoco, además, la jurisprudencia uniforme sentada al respecto por esa alta entidad, especialmente en las sentencias de 30 de enero de mil novecientos quince y de tres de junio de mil novecientos veinticuatro, publicadas, respectivamente, en los tomos XXIV, páginas 319 a 320, y XXXI, páginas 54 y 55.

"En los motivos expuestos magistralmente en las sentencias en cita hallará el señor apoderado de los actores, en la segunda instancia, las disposiciones legales y los fundamentos de derecho que en su alegato de conclusión no encontró para que 'quienes han comprado en común una cosa no pueden todos reivindicar para ellos mismos esa cosa singular.'

"Olvidó el señor abogado que mientras la comunidad subsista, ninguno de los condóminos es dueño exclusivo de los bienes que la forman, ni de parte determinada de ellos, y que, como consecuencia, ni todos juntos ni separadamente pueden reivindicar para sí la totalidad de las cosas que la constituyen.

"Este mismo olvido llevó a la Sala sentenciadora a quebrantar las disposiciones legales acotadas, no obstante que reconoce que el terreno alinderado 'pertenece hoy en común a Bibiana Forero, Primitivo Rodríguez y Sara Forero.' Siendo verdad que es una finca en común, la acción no podía prosperar, sino en cuanto se hubiere intentado para la comunidad y en nombre de ella. Y como no se hizo así se imponía la absolución de los demandados."

A lo dicho en el punto que precede sólo hay que agregar para contestar este cargo, que no es exacto que la Corte ha sentado la jurisprudencia de que quienes han comprado en común una cosa no pueden reivindicar para sí la totalidad de ella, obrando todos conjuntamente; pues es incuestionable que en el conjunto de los comuneros se individualiza el derecho de propiedad con toda la plenitud de sus atributos. En el primero de los dos fallos citados por el recurrente, la jurisprudencia sentada o reafirmada por la Corte, no es sino ésta: "que no existe incongruencia cuando lo que en el fallo se declara es que los actores no tienen el derecho que han ejercido en el juicio, pues un fallo de esta clase implica

absolución de todos los cargos deducidos en la demanda." En el otro fallo, el caso que se contempla es el de un propietario singular de un predio que dirigió su acción reivindicatoria contra varios individuos, por la porción que cada uno de ellos ocupaba en dicho predio, dando sólo los linderos de éste y no los de cada una de esas porciones, y la jurisprudencia que con tal motivo sentó la Corte no fue sino ésta: "que una cosa se singulariza para poderse reivindicar, según el artículo 946 citado, determinándola por sus linderos, cosa que, como queda dicho, no hizo el actor para poder dirigir su acción contra cada uno de los demandados."

"Cuarto motivo. El Tribunal interpretó también erróneamente la demanda, en cuanto sin que los actores directamente ni indirectamente reivindicaran cada uno para sí la cuota que les corresponde en el fundo, decretó la restitución, como si lo demandado hubieran sido cuotas y no la totalidad de la cosa.

"Este error lo condujo al quebrantamiento del artículo 949 del Código Civil, por aplicación indebida al caso del pleito."

La sola lectura de la parte pertinente del fallo demuestra lo infundado de este cargo. El Tribunal no ha decretado la restitución de cuotas a favor de cada uno de los demandantes, sino la restitución de la totalidad del terreno a sus tres únicos propietarios, conjuntamente. En efecto, no se presta a otra interpretación lo dicho por el Tribunal en estos términos:

"Condénase a los demandados señores Rafael Reyes y Jorge García, mayores y vecinos de Ráquira, a restituir a los señores Primitivo Rodríguez, Filiberto Vanegas y Gabriel Amaya, los dos últimos como representantes de sus esposas Sara y Bibiana Forero, todos mayores y vecinos de Bogotá, a excepción de Amaya, que lo es de Tinjacá, o a quienes sus derechos representen un terreno denominado El Chochito, ubicado en los partidos de Resguardo Oriente y Occidente, de la jurisdicción de Ráquira, alinderado así." (aquí los linderos).

"Quinto motivo. Acuso la sentencia—dice el recurrente—por error de hecho evidente y por error de derecho en la apreciación tanto de las escrituras que sirvieron de fundamento a la demanda, que quedaron mencionadas, como del propio libelo, en lo referente a los linderos e identificación de la finca.

"Los linderos con que en la demanda se determina el globo de tierra, son los mismos que contiene la escritura número 228. Pero esos linderos resultan completamente distintos a los señalados en la escritura originaria 357, por la cual vendió María del Espíritu Santo Duro, y distintos también de los consignados en las escrituras 20 y 250.

"Al paso que en el título 350, la línea que arranca de la lomita de Las Manitas, y va quebrada del puente abajo, hasta el río Salado, y atraviesa este río en línea recta hasta una quebrada; en los que se señalan en la demanda, en ninguna parte se dice que la línea atraviese el río Salado. En la dicha escritura está fijado como límite la lomita de La Cruz, que para nada figura en la demanda. En ésta se afirma que el terreno se llama El Chochito, denominación que no aparece en la escritura 357. En los otros títulos citados lo que dicen es que el terreno está situado en los puntos denominados El Chochito.

"Las diferencias a que alude, indican de por sí que hay duda en cuanto a saber si el terreno de que trata la demanda es el mismo de que habla la escritura 357; y no estando demostrada la identidad, mal puede aceptarse

comprobada la propiedad del terreno a que se contraen las pretensiones de los actores.

"La Sala sentenciadora asiente en su fallo, en términos generales, a las diferencias fundamentales anotadas, cuando dice:

"Es de advertir que los linderos señalados en las últimas escrituras no coinciden con los que indica la primera, posiblemente porque en aquélla la alinderación es más detallada."

"No es jurídico deducir de una posibilidad desprovista de toda demostración, conclusiones que vienen a constituir una relación de derecho, de resultados tan definitivos como son los que fijan el dominio que se discute en cabeza de quienes deben comprobarlo de manera que no quede la más leve duda, ya que es él el fundamento indispensable de la acción reivindicatoria, al tenor del artículo 946 del Código Civil.

"Los errores en que incidió el juzgador lo llevaron a quebrantar nuevamente los artículos 946 y 950 del citado Código, en cuanto los aplicó sin haberlo debido hacer, desde luego que no se llenaban los requisitos que imponen al que persigue un bien con acción de dominio."

Se observa:

"En derecho de casación—ha dicho la Corte—no es aceptable el cargo de error evidente en la apreciación de una prueba, por el solo hecho de que su fuerza probatoria sea más o menos ocasionada a dudas, sino que es necesario que resulte demostrado con evidencia, de ella misma o de otros comprobantes del proceso, que el juicio del Tribunal es contrario a la realidad de las cosas. Este es soberano en cada apreciación, y mientras no aparezca error evidente en ella, esto es, falsedad indiscutible del concepto, la Corte reguladora tiene que respetarla." (Casación, 12 de agosto de 1924. XXXI, 104, 1°).

Las discrepancias que anota el recurrente entre la delineación que del terreno que se reivindica hace el libelo de demanda y la que figura en la escritura originaria número 357, no demuestran con evidencia que no es uno mismo el terreno descrito en ambos documentos. A los dos reparos que sobre el particular anota el recurrente, se observa:

1° Que en la citada escritura número 357, el delineamiento parte de la lomita de Las Manitas, y sigue, quebrada del puente abajo, a dar al río Salado, en línea recta, atraviesa dicho río y va a dar con una quebrada; sigue ésta hacia abajo y va a dar al río, en el lugar en que se halla una mata de roble 'al pie de una peñita'; pero como en el libelo de demanda la descripción del terreno parte de este punto, y no de la lomita de Las Manitas, a saber: "desde una piedra—dice la demanda—que está en la orilla del río Salado, junto a una mata de roble," no había lugar a decir que el lindero que en línea recta va de Las Manitas a una quebrada, atraviesa el río Salado.

2° En lo que hace al otro reparo, la escritura número 357 dice que la línea que parte de Los Cucharitos va a dar a la lomita de La Cruz, y de ahí a la lomita de Las Manitas; y ya se ha visto que según esa escritura la línea que parte de este punto va a dar al río Salado.

Ahora, según la demanda, la línea que parte de Los Cucharitos va "a dar a encima de una cuchilla; de ahí, a dar a encima de un cerrito," y de este punto, al río Salado: puede ser dudoso que la cuchilla y el cerrito de que habla la demanda, correspondan a la lomita de La Cruz y a la de Las Lomitas (respectivamente), de que habla

la mencionada escritura número 357. Así lo estima el mismo recurrente: "las diferencias a que aludo—dice—indican de por sí que hay duda en cuanto a saber si el terreno de que trata la demanda es el mismo de que habla la escritura número 357"; pero como el Tribunal conceptúa que si se trata de un mismo predio, y no resulta demostrado con evidencia que tal juicio es contrario a la realidad, el cargo es infundado.

"Sexto motivo. Acuso la sentencia—dice el cargo—por error de hecho evidente y por error de derecho en la apreciación de la escritura número 228, de diez y seis de junio de mil ochocientos noventa y siete, antes mencionada.

"Por modo perfectamente explícito reza ese título que Sandalio Forero vende a Primitivo Rodríguez 'cuatro derechos y acciones que tiene y le corresponden en un terreno ubicado en el partido de Resguardo Oriente y Resguardo Occidente, sitio denominado Chochito, jurisdicción del Municipio de Ráquira, así: los que hubo por compra a Pedro Duro, en socio de Siervo Forero; los que les corresponden por herencia de su madre María del Espíritusanto Duro (subrayo), más dos derechos y acciones que hubo por compra a dicho Siervo Forero.' Se tiene pues, que dos derechos y acciones de los cuatro que vende, provienen de la herencia de su madre: uno por compra a Siervo Forero y el otro directamente como hijo de la misma María del Espíritusanto Duro.

"El derecho de herencia no da acción reivindicatoria, sino la de petición de herencia, establecida y regulada en preceptos positivos, distintos de los que rigen para la acción de dominio.

"Siendo así que de los propios títulos aducidos por los demandantes en apoyo de sus pretensiones, y especialmente de la escritura 228, resulta que en el dominio de la finca que se persigue se hallan vinculados derechos herenciales, pertenecientes a uno de los actores, incumbía al sentenciador declararlo así, como uno de los basamentos para negar la acción de dominio indicada.

"Preciso es que preceda la declaración de heredero de mejor derecho entre el respectivo actor y el que ocupe la herencia, para que sea procedente la acción de restitución."

Este cargo queda contestado con lo dicho en respuesta al primer motivo.

"Motivo séptimo. Acuso la sentencia—se dice en este último cargo—como violatoria de los artículos 952 y 1757 del Código Civil, 542 y 543 del Código Judicial.

"Entre los elementos esenciales para la prosperidad de la acción de dominio, está el de que la demanda se dirija contra el actual poseedor, como por modo claro lo establecen los artículos 946 y 952 del Código Civil.

"La afirmación que el demandante hace de que el bien que persigue en reivindicación está poseído por la persona o personas de quienes reclama la restitución, envuelve necesariamente la demostración de esa afirmación, esto es, de la posesión material o inscrita que de la cosa tiene el detentador.

"Regla trivial de procedimiento es la de que al actor incumbe la carga de la prueba, porque 'es un principio de razón y de seguridad social a un tiempo mismo, que el que quiera innovar debe demostrar que es fundada su pretensión.' Si quienes se consideran con mejor derecho al dominio de una cosa, aspiran a que se les entregue, fuerza es que acrediten quién es el obligado a la restitución, esto es, que es poseedora la persona o personas contra la cual se dirige la acción.

"Sería abusar de vuestros conocimientos el detenerme en exposiciones encaminadas a sustentar una tesis que es de simple razón y de buen sentido, y sobre la cual las disposiciones en mención no admiten interpretación contraria, que pueda torcer su obvio y claro contexto.

"No obstante que el señor apoderado de los demandantes afirma en el capítulo e) y en el hecho sexto del libelo, que los demandados son los actuales poseedores de la finca a que se contrae la acción, brillan por su ausencia las pruebas de ese aserto; pues ninguna se adujo, ni hay por dónde concluir que los señores Rafael Reyes y Jorge García sean los poseedores. Quizá lo vacío e improcedente de la demanda lo tuvieron en cuenta mis representantes para no darle contestación.

"La lectura de los autos que a la vista tuvo el sentenciador habría bastado de por sí para decidir negativamente, ya que, como él mismo lo reconoce, 'que el demandado o demandados sean los actuales poseedores de la cosa, no se encuentra demostrado en el juicio con pruebas especialmente producidas con aquel fin.' Pero hé aquí que cuando el ánimo espera la lógica conclusión que se desprende de premisas tan netas y ajustadas a la realidad, causa sorpresa el razonamiento sui generis que se hilvana, basado en un artículo del Código Judicial, traído por los cabellos, para sostener que esa posesión está demostrada.

"Oigamos al Tribunal:

"El otro hecho necesario para que la acción reivindicatoria satisfaga el fin que persigue, o sea que el demandado o demandados son los actuales poseedores de la cosa, no se encuentra demostrado en el juicio con pruebas especialmente producidas con aquel fin, porque, como ya se advirtió, ninguna de las partes produjo prueba alguna en los respectivos términos de ambas instancias; pero si se deduce su existencia del asentimiento que los demandados dieron a la afirmación del demandante, consistentes en que éstos son los poseedores del terreno de cuya reivindicación se trata, desde luego que no propusieron la excepción dilatoria de inepta demanda, que, en el caso de no ser poseedores, podían proponer conforme al artículo 280 del Código Judicial; ni siquiera contradijeron dicha afirmación en los alegatos que presentaron por medio de sus apoderados.

"Establece el artículo 146 de la Ley 105 de 1890, que cuando no se conteste la demanda o no se hagan las correcciones prevenidas, el Juez debe limitarse a abrir la causa a prueba, para que las partes presenten las que juzguen necesarias, al tenor de los artículos 542 a 544 del Código Judicial.

"La Corte Suprema, al tratar de esta disposición, la ha interpretado en el sentido de que cuando en los juicios ordinarios no se conteste la demanda, se abre la causa a prueba es para que el demandante acredite los hechos fundamentales de su acción, lo que indica que no hay entonces lugar a aplicar el artículo 576 del Código Judicial, según el cual se entiende que el demandado conviene en los hechos fundamentales de la demanda, cuando ni directa ni indirectamente los contradice.' (Casación de 27 de mayo de 1903. XVI, 220, 2°)."

No mantiene la Corte como regla general, en absoluto, la jurisprudencia citada por el recurrente, con relación a la aplicación que haya de darse al principio que consagra el artículo 576 del Código Judicial, ya que ello no es una consecuencia necesaria dependiente de la contestación o no contestación de la demanda, sino una

cuestión de hecho, que el juzgador debe apreciar en cada caso.

En este juicio los demandantes, diciéndose dueños de un inmueble, imputan a los demandados el cargo de retener ese inmueble en su poder con ánimo de dueños, y piden, en consecuencia, que se les condene a restituirlo. Corrido el traslado de la demanda, los demandados no objetaron la obligación que se les imponía de responder sobre la cosa que de ellos se demanda, sino que apenas objetaron la cuantía, y fallado ese incidente, si bien es cierto que dejaron pasar el término que se les fijó para dar contestación a la demanda, sin haber llenado esa formalidad, constituyeron apoderado "para que, representando nuestras personas, derechos y acciones—dijeron al Juez de la causa—sostenga y defienda el juicio ordinario reivindicatorio que ante usted sigue en su Despacho contra nosotros Sara Forero y otros, por medio de apoderado."

En ambas instancias del juicio alegaron los apoderados de los demandados; impugnaron los títulos en que los demandantes apoyan el dominio que invocan como fundamento de su acción, e impugnaron también la procedencia de ésta, mas sin contradecir, directa ni indirectamente, el hecho aducido por los demandantes para dirigir contra ellos su demanda. La misma parte recurrente, en su alegato de segunda instancia, que corre a foja 12 del cuaderno que contiene la actuación del Tribunal, terminó con esta observación:

"Faltan, pues, dos elementos importantísimos, esenciales, para que la acción reivindicatoria pudiera prosperar: la prueba plena del derecho de dominio por parte del reivindicador y la determinación como cuerpo cierto del objeto a que se refiere la acción."

En lo dicho en ese párrafo queda sobrentendido que los demandados ningún reparo tenían por hacer respecto del tercer elemento esencial para que sea viable la acción reivindicatoria, esto es, que se dirija contra el actual poseedor, y ello entraña una tácita aceptación del hecho que les imputa la parte actora de ser ellos los actuales poseedores del predio que se reivindica. Cosa muy distinta sería si los demandados hubieran asumido una actitud meramente pasiva, sin haber acudido a la palestra, precisando en sus alegatos sus puntos de defensa.

Verdad es que la contestación de la demanda es lo que formaliza el juicio, fijando los términos del litigio y precisando los puntos que han de ser materia de la discusión y del fallo, mas ello se cumple igualmente si el demandado, que no ha contestado la demanda, comparece en el juicio y atiende a su defensa, en cuyo caso tiene perfecta aplicación lo establecido en el mencionado artículo 576 del Código Judicial, que es lo ocurrido en el caso de autos.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Tunja el veinte de febrero de mil novecientos treinta.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Juan de J. Villalobos demandó ante el Juez del Circuito de Bogotá a la señora Sara Montañés, en su calidad de heredera universal de Leoncia Benavides, para que mediante el correspondiente juicio ordinario se hiciesen las siguientes declaraciones:

"1° Que mi vendedora, señorita Mercedes Benavides, es legataria de la testadora Leoncia Benavides, en sustitución de Amalia Benavides de Sánchez, del derecho de usufructo, de que trata la cláusula 5° del testamento, constituido sobre la tienda número 149-A, de la carrera 11 de esta ciudad y por los linderos arriba mencionados, de acuerdo con lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 828 del Código Civil.

"2° Que soy dueño exclusivo del derecho de usufructo expresado, en virtud de compra que de él hice a su legítima dueña Mercedes Benavides, según consta de la escritura número 491 ya mencionada, que presento, y de no haberle sido prohibida la cesión; y

"3° Que mi demandada, señorita Sara Montañés, en su calidad de heredera universal, de la señorita Leoncia Benavides, y como actual poseedora de la tienda antes expresada, materia del usufructo, se halla en mora de poner en posesión del referido inmueble, a la legataria del usufructo constituido sobre él o a su legítimo cesionario."

Fundó su acción principalmente en los artículos 828, 835, 946, 948, 950 y 952 del Código Civil y en los hechos siguientes:

"Primero. La señora Leoncia Benavides otorgó testamento abierto por medio del instrumento público número 905, de fecha seis de septiembre de mil novecientos veintidós, pasado ante el Notario 5° de este Circuito, y en él instituyó usufructuaria principal del inmueble descrito anteriormente a su hermana Amalia Benavides de Sánchez y como sustituta a la hija de ésta, Mercedes Benavides.

"Segundo. La testadora Leoncia Benavides murió en esta capital el día diez de junio de mil novecientos veintiséis, sin haber revocado el testamento de que se hace mérito, ni el legado hecho en él a favor de su hermana y sobrina, en la forma enunciada.

"Tercero. Un mes después, aproximadamente, de la muerte de la testadora y antes de abrirse el juicio de sucesión, o sea el día treinta de julio del propio año de mil novecientos veintiséis, murió la legataria principal, Amalia Benavides de Sánchez, en esta ciudad de Bogotá, sin haber aceptado ni repudiado el legado, ni menos haber gozado en forma alguna del usufructo materia de la asignación.

"Cuarto. Con fecha catorce de septiembre del año próximo pasado, el apoderado de la heredera universal, Sara Montañés, presentó la demanda sobre apertura del juicio de sucesión de la testadora, el cual fue radicado en tal virtud, en el Juzgado 1° de este Circuito.

"Quinto. Sara Montañés ha sido así declarada heredera única y universal de la causante, Leoncia Benavides.

des, y por no haber habido institución de albacea es ella la ejecutora de la voluntad testamental.

"Sexto. Antes de efectuarse la partición, Mercedes Benavides, instituida usufructuaria sustituta, tomó intervención en el juicio de sucesión de la testadora Leoncia Benavides, con el fin de que en la debida oportunidad fuera tenido en cuenta su derecho de legataria sustituta, en defecto de su madre Amalia Benavides de Sánchez, por haber muerto ésta sin haber tenido nunca el derecho que le correspondía como legataria principal, según la cláusula 5ª del testamento.

"Séptimo. El señor Juez del conocimiento desechó la intervención a que se alude en el hecho anterior, fundándose en no ser los legatarios partes en los juicios mortuorios, ni aun para el efecto del cobro de su legado.

"Octavo. En la partición extrajudicial de los bienes de Leoncia Benavides, acto éste que fue debidamente aprobado por el Juez, el partidador apoderado de la heredera Sara Montañés, desconoció por modo expreso el derecho de la señorita Mercedes Benavides, la instituida usufructuaria sustituta de Leoncia Benavides, sobre la finca varias veces nombrada, bajo el argumento de que, habiendo desaparecido la principal instituida, el derecho había caducado para la sustituta Mercedes Benavides, dando esto por resultado el que dicho partidador omitiera formular la cartilla correspondiente en la partición.

"Noveno. Por escritura pública número 491, de fecha siete de abril de mil novecientos veintisiete, otorgada ante el Notario 5º de Bogotá, la prenombrada Mercedes Benavides me vendió o cedió el derecho de usufructo en referencia, sin que yo haya podido hacer efectivo tal derecho.

"Décimo. La heredera universal Sara Montañés está en posesión y goce del inmueble que fue gravado con el legado, siendo ella la que ha venido percibiendo los frutos civiles que él ha producido desde la delación de la herencia, y sin que hasta la fecha haya entregado ni un centavo ni a mi cedente o vendedora Mercedes Benavides, ni a mí, no obstante las insinuaciones que al efecto he hecho, desde que adquirí el derecho a gozar del usufructo y no obstante la expresión clara de la voluntad de la testadora de dejar ese legado a mi vendedora, la que por otra parte ya se ha beneficiado de él, en virtud de la venta que de su derecho me hizo.

"Once. Son de cargo de la heredera Sara Montañés los gastos y costos de este juicio, por haber ella o sus apoderados desconocido el derecho que se reclama en la partición de los bienes de la testadora."

La señora Montañés contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor, negó algunos hechos, aceptó otros, y en cuanto al derecho expuso lo siguiente:

"En la cláusula quinta del testamento abierto otorgado por la señora Leoncia Benavides en instrumento público número 905, de seis de septiembre de mil novecientos veintidós, pasado ante el Notario 5º de este Circuito, dijo la testadora lo siguiente:

"Lego a mi hermana, la señora Amalia Benavides de Sánchez, el derecho de usufructo sobre mi tienda o local expresado en la cláusula precedente, cuya situación, como ya lo expresé, es la carrera once de esta ciudad, y cuya puerta de entrada está marcada con el número ciento cuarenta y nueve A, deslindada así: por el Oriente, con la Plaza de Mercado; por el Norte y por el Sur, con

tiendas de la sucesión de la señorita Dolores Borda B., y por la espalda, con la casa de la misma sucesión. La legataria tendrá derecho a dicho usufructo durante su vida, y a su muerte pasará él a su hija Mercedes Benavides, también durante su vida, y a la muerte de ésta el usufructo se consolidará con la nuda propiedad."

"El artículo 828 del Código Civil dice así:

"Artículo 828. Se prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos.

"Si de hecho se constituyeren, los usufructuarios posteriores se considerarán como sustitutos, para el caso de faltar los anteriores, antes de deferirse el primer usufructo.

"El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros; pero no durará sino por el tiempo que le estuviere designado."

"Y el 1013 del mismo Código dice:

"La delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla.

"La herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata...."

"A la luz de las disposiciones legales transcritas, es prohibido constituir dos o más usufructos sucesivos, y si se constituyeren, el primer usufructuario a quien se defiere el derecho, dejará sin efecto el derecho de los otros, o lo hará caducar, conforme a las palabras de la ley.

"Al morir la señora Leoncia Benavides se defirió a Amalia Benavides de Sánchez, quien aún vivía, el derecho de usufructo constituido por la testadora en la cláusula del testamento ya copiada. Desde ese momento, la usufructuaria mencionada adquirió el derecho a gozar del mencionado usufructo, e hizo caducar, de acuerdo con la disposición legal primeramente inserta, el usufructo de Mercedes Benavides.

"A la muerte de Amalia Benavides de Sánchez, ocurrida un mes y varios días después de la de la testadora Leoncia Benavides, el derecho de usufructo que ésta le legó se consolidó con la nuda propiedad de la finca sobre la cual fue instituido.

"De consiguiente, Mercedes Benavides no adquirió ningún derecho a la muerte de Amalia Benavides de Sánchez, porque el usufructo que a esta última se defirió hizo caducar el suyo.

"Otra cosa hubiera sido si Amalia Benavides de Sánchez hubiera faltado a la muerte de la testadora Leoncia Benavides, de conformidad con el inciso segundo del artículo 828 copiado arriba, pues entonces Mercedes Benavides habría sustituido a la primera en el mencionado derecho de usufructo, pero como Amalia vivía cuando ocurrió ese fallecimiento, y se le defirió el legado del usufructo, al morir esta última ya había caducado el derecho de Mercedes, quien, por consiguiente, no adquirió nada."

Seguido el juicio ordinario, el Juez de la primera instancia lo falló así:

"1º Condena a la demandada Sara Montañés a entregar al demandante Juan de J. Villalobos, en usufructo, la tienda o local de la carrera once de esta ciudad, número ciento cuarenta y nueve A, y que se halla comprendida dentro de los siguientes linderos: por el Oriente, con la Plaza de Mercado; por el Norte y por el Sur, con

tienda de la sucesión de la señorita Dolores Borda B., y por el Occidente, con la casa de esta última sucesión.

"2° Condena a la misma demandada a pagar al demandante Juan de J. Villalobos los frutos civiles que con mediana inteligencia y cuidado hubiere podido producir la finca descrita desde el día de la muerte de Leoncia Benavides hasta cuando ponga en posesión del usufructo al demandante. El monto o cuantía de estos frutos se establecerá en juicio separado.

"Las entregas ordenadas en los dos puntos anteriores las hará la parte demandada, seis días después de notificada esta sentencia; y

"3° Condena a la demandada en las costas del presente juicio."

El Tribunal de Bogotá revocó la sentencia y en su lugar absolvió a la señora Montañés de todos los cargos de la demanda.

Contra el fallo del Tribunal el personero del actor interpuso recurso de casación que la Corte admite por estar ajustado a las prescripciones legales, y procede a decidirlo mediante el estudio de la demanda respectiva.

La señora Benavides constituyó por testamento un usufructo sucesivo en estos términos:

"Quinto. Lego a mi hermana, la señora Amalia Benavides de Sánchez, el derecho de usufructo sobre mi tienda o local expresado en la cláusula precedente, cuya situación, como ya lo expresé, es la carrera once de esta ciudad y cuya puerta de entrada está marcada con el número ciento cuarenta y nueve A, deslindada así: por el Oriente, con la Plaza de Mercado; por el Norte y por el Sur, con tiendas de la sucesión de la señorita Dolores Borda B., y por la espalda, con la casa de la misma sucesión. La legataria tendrá derecho a dicho usufructo durante su vida, y a su muerte pasará él a su hija Mercedes Benavides, también durante su vida, y a la muerte de ésta el usufructo se consolidará con la nuda propiedad."

Por la cláusula octava instituyó la testadora heredera universal a su hija natural Sara Montañés. El día diez de junio de mil novecientos veintiséis falleció la testadora Leoncia Benavides, y cincuenta días después, el 30 de julio de ese año, murió la legataria Amalia Benavides.

El Tribunal, fundado en el inciso 2° del artículo 828 del Código Civil, sostiene que Mercedes Benavides, segunda usufructuaria, no tiene derecho al usufructo, porque éste le fue deferido a la primera.

El artículo 828 del Código Civil, dice:

"Se prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos.

"Si de hecho se constituyeren, los usufructuarios posteriores se considerarán como sustitutos, para el caso de faltar los anteriores, antes de deferirse el primer usufructo.

"El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros; pero no durará sino por el tiempo que le estuviere designado."

El artículo 1013 del Código citado, que el Tribunal relaciona con el anterior, se expresa así:

"La delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla.

"La herencia o legado se **defiere** al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente; o en el momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional..."

"A la luz de estos preceptos legales que regulan la materia, dice el Tribunal, Mercedes Benavides no pudo ser usufructuaria sustituta de Amalia Benavides, porque la testadora Leoncia Benavides murió el diez de junio de mil novecientos veintiséis, y Amalia sólo falleció el treinta de julio del mismo año de mil novecientos veintiséis, de donde se concluye con toda claridad, que el usufructo de la tienda tantas veces citada, se deferió a la primera usufructuaria y que por consiguiente ésta no faltó antes de deferirse el primer usufructo, caso en el cual hubiera podido ser Mercedes usufructuaria sustituta."

Acusa el recurrente la sentencia invocando la primera causal de casación, por errónea interpretación del artículo 828 del Código Civil, pues que si es verdad que el legado se deferió desde la muerte de la testadora, no así el usufructo, porque la ley establece claramente que el legado se defiere a la muerte del testador, mas respecto del usufructo como derecho real que es, se hace indispensable su efectividad para que se pueda deducir de ahí que se ha deferido en el sentido en que la ley toma esta palabra en el artículo de cuya interpretación se trata, desde luego que tal disposición en su último inciso exige que exista un usufructo que haya tenido efectos para que puedan los otros considerarse como caducados.

Al afirmar el Tribunal, sigue diciendo el recurrente, que el inciso 2° del artículo 828 del Código Civil está indicando de una manera precisa en qué casos tienen entrada los usufructuarios posteriores cuando faltan los anteriores antes de deferirse el primer usufructo, incurre en el error de prescindir en absoluto de la explicación que el legislador consigna en el tercer inciso de la disposición: "el primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros," frase con la cual no se hace sino ratificar de modo expreso la característica esencial del usufructo, derecho de suyo real. En el caso que se estudia, el usufructo constituido en favor de Amalia Benavides de Sánchez no tuvo efecto alguno, puesto que ésta murió sin haber usufructuado aquello sobre lo cual gravitaba su derecho, luego no puede haber habido la pretendida caducidad con respecto al derecho constituido por Leoncia Benavides en favor de Mercedes, y en tales circunstancias es claro que el Tribunal ha violado la disposición consignada en el inciso 3° del artículo 828 citado, que exige como requisito ineludible la efectividad del usufructo a fin de que esta efectividad sea capaz de hacer caducar el derecho de usufructuarios posteriores.

En el mismo orden de ideas considera violado el artículo 823 del Código Civil, que establece como esencia del usufructo el ser un derecho real, pues el Tribunal le ha dado la característica de un simple legado de especie, o sea de un crédito en contra de la sucesión. Este crédito ineficaz, que no asumió el carácter de usufructo, no ha podido hacer caducar el usufructo constituido a favor de Mercedes Benavides.

Considera la Corte que tratándose como aquí se trata de un usufructo constituido por testamento, el Tribunal aplicó correctamente los cánones que rigen esta institución. No puede negarse que siendo el legado un usufruc-

to, cuando murió la testadora se defirió el legado y por lo tanto el usufructo, esto es, se llamó a la legataria a aceptarlo o repudiarlo. La usufructuaria llamada en primer término, no faltó, ni por muerte, ni por indignidad, ni por otra causa, antes de deferirse el primer usufructo, y por lo mismo no puede tenerse como sustituta a la legataria llamada en segundo término. Pudo la señora Amalia Benavides, sin entrar a gozar del usufructo, renunciar el legado, y faltar por ello después de habersele deferido. En ese caso no habría tenido cabida el segundo usufructo, porque el inciso exige que la falta ocurra antes de deferirse el usufructo para que pueda efectuarse la sustitución. Y este argumento contesta la disertación del recurrente acerca de la aplicación del inciso 3° del artículo 828 del Código Civil, pues si la ley hubiera querido que en tratándose de usufructos sucesivos o alternativos constituidos por testamento, fuera preciso que el primer usufructuario entrara a disfrutar de la cosa fructuaria como hecho necesario para producir la caducidad de los otros, no habría ni empleado el término deferir, ni habría puesto como condición para la efectividad de éstos, el que llegara a faltar el primer usufructuario antes de deferirse el usufructo, ya que, como se ha dicho, la falta puede ocurrir por renuncia después de la delación del legado, y en ese caso, aunque el renunciante no hubiera empezado a gozar de la cosa fructuaria, no podría considerarse como sustitutos a los usufructuarios sucesivos o alternativos, porque para ello, según el texto expreso, se requeriría que la falta ocurriera antes de deferirse el primer usufructo.

Alega el recurrente que el artículo 31 de la Ley 153 de 1887, que prevé el caso del tránsito de una legislación a otra en materia de usufructo, habla de que si la nueva ley prohíbe la constitución de usufructos sucesivos, se respetará el derecho del que estuviere disfrutando de la cosa cuando la ley entre en vigencia, lo que quiere decir que el legislador prescinde del derecho en abstracto y se atiene al que está ya gozando de la cosa o ejerciendo realmente el usufructo, lo cual sirve para interpretar el artículo 828 citado. Y es así que el Tribunal prescindió de la analogía que hay entre los dos artículos acotados, para resolver de plano que regulaban casos diferentes, luego violó por mala interpretación el segundo de dichos artículos, el 31 de la Ley 153 de 1887 y el 30 del Código Civil, que versa sobre interpretación de las leyes.

Estima la Corte que la inteligencia que le dio el Tribunal al artículo 31 de la Ley 153 de 1887, es la correcta. Dice el sentenciador:

"La disposición transcrita se refiere a un caso especialísimo; trata ella de nuevas leyes que prohiban la constitución de usufructos sucesivos, y del muy particular de que haya entrado a disfrutar de la cosa alguno de los usufructuarios subsiguientes; si hubiere expirado el primer usufructo, deberá tener derecho el que principió a usufructuar de la cosa durante todo el tiempo a que lo autoriza su título, haciendo al propio tiempo caducar los otros usufructos sucesivos."

Ahora, si en esta disposición se habla de que la nueva ley debe respetar el derecho del que está disfrutando de la cosa constituida en usufructo, eso no quiere decir que aquel a quien se le hubiere deferido el usufructo antes de la vigencia de la nueva ley, no tenga facultad para gozar del derecho adquirido, y pueda entrar realmente en el goce de la cosa fructuaria,

Otro cargo que hace el autor del recurso a la sentencia, es la mala interpretación hecha por el Tribunal del inciso 3° del artículo 828 del Código Civil, que dice:

"El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros."

Consiste la mala interpretación en que el sentenciador restringió su alcance, sin razón legal, a los usufructos alternativos, siendo así que el artículo habla de ambas especies de usufructos, tanto sucesivos como alternativos, y, por lo mismo, en ambos requiere un usufructo que haya producido efectos para que puedan considerarse caducados los otros. Con esto el Tribunal, aparte del inciso violado, quebrantó también los artículos 27, 28, 31 y 32 del Código Civil.

Observa la Corte que si bien es cierto que no hay razón jurídica para hacer la distinción que aparece en la sentencia respecto del alcance del inciso 3° del artículo 828 del Código Civil, es lo cierto que el inciso 2° de dicho artículo es terminante en cuanto sólo admite la sustitución de los usufructuarios posteriores cuando ha llegado a faltar el usufructuario principal antes de deferirse el usufructo, y como a la señora Amalia Benavides se le defirió el usufructo el día de la muerte de la testadora, es verdad incontrovertible que ella no faltó antes de la delación del legado y por lo mismo no tiene cabida la sustitución.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación-Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal de Bogotá, el trece de septiembre de mil novecientos veintinueve, y condena en costas a la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial esta sentencia y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

FRANCISCO TAFUR A. — Tancredo Nannetti—Juan E. Martínez — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Vistos:

En el juicio que en representación de su esposa la señora Elena Rueda, entabló Antonio María Uribe contra Parra Hermanos y Abdón Espinosa ante el Juez 1° del Circuito de Bucaramanga, se demandó que se decretase el deslinde y amojonamiento de los predios Capitancitos y La Giralda, cuyo dueño es la expresada señora, con las fincas de Mata de Cacao y Capitanes, de propiedad de aquella sociedad comercial y de Abdón Espinosa, respectivamente. El deslinde pedido fue parcial, esto es, según los términos del libelo, "referente a los costados occidental y sur de la finca Capitancitos y La Giralda," con relación a los costados oriental y norte de los predios de ambos demandados.

El deslinde fue decretado y se verificó, fijando el Juez esta delimitación:

"La línea divisoria de los predios de Capitanes y Capitancitos, por sus costados oriental y occidental, es la

siguiente: partiendo de la desembocadura de la quebrada de **Capitancitos**, en el río Sogamoso; dicha quebrada, aguas arriba, hasta su nacimiento en el punto del divorcio de las aguas, y de aquí, línea recta, hasta encontrar la cordillera llamada del **Frío**, que es la misma que se ha llamado **Cordillera de la Paz**.

El Juez agrega esta declaración:

"Como según esta demarcación los predios denominados **Mata de Cacao** y **La Giralda** no son limitrofes, pues entre ellos se interpone la finca de **Capitanes**, y respecto del predio llamado **La Giralda**, no ha sido presentado título alguno que lo determine y delimite, el Juzgado se abstiene de hacer la demarcación de los linderos de tales predios."

Los demandados Parra Hermanos y Espinosa consintieron en esta providencia del Juez.

El actor Uribe aceptó parcialmente la línea divisoria hasta el divorcio de las aguas, y contradijo de ahí en adelante el deslinde, e hizo las siguientes peticiones:

1° Que se impruebe la diligencia de deslinde en la parte que ha contradicho.

2° Que se señale como línea divisoria de los predios ésta: del **divortium aquarum** se sigue en línea recta, tomando una dirección de Este a Oeste, el mismo **divortio aquarum** de las corrientes que se dirigen hacia la quebrada de **La Leona** y **Agua Blanca** y hacia el caño o **Quebradaseca**, hasta dar a un punto en la cordillera de **La Paz** (terrenos antes baldíos).

3° Que en la parte no impugnada de la diligencia de deslinde, sea aprobada.

Como fundamentos de la oposición, Uribe expresó estos:

1° No se cumplió la sentencia de fecha primero de abril de mil novecientos veintidós, que ordenó deslindar los predios de **Capitanes** y **Mata de Cacao** con el de **Capitancitos** y **La Giralda**, por los costados occidental y sur de éste, y oriental y norte de aquéllos; pues expresamente se dijo en la diligencia de deslinde que el Juzgado se abstenía de hacer la demarcación de **Capitancitos** y **La Giralda** con **Mata de Cacao**.

2° No es cierto que no se presentara el título de **La Giralda**, pues figura en los autos el de **Capitancitos**, que es el mismo de **La Giralda**. Esta denominación corresponde a una fundación hecha en la parte alta del terreno de **Capitancitos**.

3° La posesión que ha tenido la señora Rueda de Uribe en la porción de terreno comprendida entre la línea que el opositor fija como divisoria de los predios, y la que fijó la mayoría de los peritos, ha sido pública, pacífica y no interrumpida, y del mismo modo lo fue la de sus antecesores en el dominio; posesión que es indicativa de la interpretación que las partes han dado a los títulos de sus fincas.

4° En la línea que el Juez fijó se dice que la cordillera de **La Paz** es la misma que la del **Frío**, lo cual está en pugna con lo que afirman los mismos peritos que por mayoría indicaron la línea que aceptó el Juzgado.

5° No se indicó la dirección que debe seguir la línea que, partiendo del **divortio aquarum** vaya a la cordillera del **Frío**, y es claro que un punto se puede unir a una cordillera en varias direcciones. Los peritos dijeron que en dirección sur-norte, pero el Juzgado suprimió la expresión.

6° No se deslindó a **Capitancitos** y **La Giralda** con **Capitanes**, por sus costados sur del uno y norte del otro, sino únicamente por el costado occidental del uno y orien-

tal del otro, violando así por segunda vez la sentencia de primero de abril de mil novecientos veintidós.

7° El mojón que debe colocarse en la parte final de la línea que deba partir del **divortio aquarum** y terminar en la cordillera de **El Frío**, quedará fuera de los predios deslindados, a considerable distancia de ellos y separado de los mismos por cerros, predios pertenecientes a otros dueños. Esto hace perfectamente ineficaz el deslinde.

8° La cordillera de **El Frío** lleva dirección oriente-occidente, y la de **La Paz**, dirección sur-norte, de manera que la una no puede ser la otra, y al confundirlas, se cometió un error.

9° Siguiendo del **divortio aquarum** en adelante, una dirección este-oeste, si se llega a la cordillera de **La Paz**, y puede colocarse allí un mojón que deslinde a **La Giralda** con **Mata de Cacao**, por ese lado.

10. La cordillera que el Juzgado y la mayoría de los peritos han llamado de **El Frío**, es la de **La Aurora**. Ha habido un error en la denominación del punto terminal de la línea señalada por el Juzgado.

11. Desde la partición de **Capitanes** y **Trigueros**, **Capitanes** no sale hasta el cerro de **La Paz**.

12. Partida la hacienda de **Santa Bárbara** entre don Abdón Espinosa (padre) y don Santiago Galvis, correspondió a éste la parte colindante con la hacienda de **Las Salinas**, y por consiguiente, las hijas de don Abdón Espinosa, padre, no pudieron venderle a Abdón Espinosa, hijo, un terreno que linda en contorno con terrenos de Ramón y Apolinar Rueda, que son precisamente los terrenos llamados de **Las Salinas**, los que le correspondieron a Santiago Galvis en la partición, y no a Abdón Espinosa, padre. No puede, en consecuencia, admitirse como exacta la demarcación de la escritura número 227, de diez y siete de noviembre de mil novecientos catorce, Notaría de San Gil. Ni menos puede admitirse la variación de linderos que establece la nota final, porque rompe la tradición de los linderos establecidos hasta entonces.

Los demandados aceptaron la línea trazada.

El Juez sentenció, impartiendo aprobación al deslinde.

Por apelación del opositor a esta diligencia, el Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de fecha dos de mayo de mil novecientos veintinueve, reformó la de primera instancia en esta forma:

"Señala como línea divisoria de los tres predios sobre que versa el deslinde, en la parte que ha sido materia de la oposición, la siguiente: desde el nacimiento de la quebrada **Capitancitos**, línea recta, en dirección sur-norte, hasta ponerse a nivel con la parte más alta del cerro o colina con escarpas o derrumbes que existe contiguo al predio de **Capitanes**, en su costado norte; de aquí, línea recta, en dirección este-oeste a pasar por ese cerro o colina alta que existe en el costado norte de dicho predio de **Capitanes**, hasta encontrar el predio de **Mata de Cacao**; de aquí, línea recta, en dirección sur-norte, hasta donde se extiende dicho predio de **Mata de Cacao** por su costado oriental; y de aquí, línea recta, en dirección este-oeste, hasta donde termina este mismo predio por su costado norte. En consecuencia, se ordena que por la línea aquí fijada, y por la que aprobaron las partes, se haga el amojonamiento y se dé luego posesión a cada uno de los dueños."

El señor Abdón Espinosa, parte que había aceptado el deslinde provisional, interpuso casación. El recurso es admisible, el cual fue fundado ante el Tribunal y luego ampliado ante la Corte. Se basa en la primera y segunda causales de casación.

Segunda causal.

Incongruencia por exceso, es el motivo que se aduce. Consiste el exceso, según el recurrente, en que el demandante pidió tan sólo en su libelo que se fijara el lindero de los costados occidental y sur de los predios **Capitancitos** y **La Giralda** con los lados oriental y norte de los predios **Capitanes** y **Mata de Cacao**. En esa demanda determinó alinderación específica para **Capitancitos**, sobre el cual versaba su acción, y la respaldó con las escrituras públicas con que aparejó su demanda. La sentencia del Tribunal traspasa los términos de la demanda, porque estando precisado en aquellos títulos cuál es el costado por donde **Capitancitos** limita con **Capitanes**, que no es otro que el occidental de aquel primer predio, y no obstante aparecer claramente de los títulos de **Capitanes** que tal predio no limita al norte con **Capitancitos**, el Tribunal entró a fijar el límite norte del primero de dichos predios, resolviendo, en consecuencia, sobre puntos que no habían sido materia de la controversia.

Tanto esta objeción como las que en apoyo de la segunda causal se formulan en los numerales segundo, tercero y cuarto, son ajenas a la cuestión de incongruencia por exceso, porque se refieren al fondo mismo del deslinde estimado con relación a ciertos títulos que fueron exhibidos en el juicio y a otras pruebas. Si éstos fueron mal apreciados al determinar la línea divisoria, la acusación sería por la primera causal. Además, basta leer la sentencia del Tribunal, para ver que tomó por base los puntos cardinales que indicó la demanda, para trazar la alinderación general, la cual, siendo de suyo una línea, requiere otros puntos que la constituyan y tracen sus direcciones.

Primera causal.

Contiene varios motivos.

Primer cargo: error de hecho y de derecho en la apreciación de las escrituras que obran en autos, al dar por establecida la existencia de un predio denominado por el demandante **La Giralda**, el cual no aparece determinado en ninguno de los títulos presentados por las partes.

Se responde:

Aparte de que este cargo, hecho en razón de haberse apreciado mal un conjunto de títulos no determinados por el recurrente, no es admisible en casación, adolece del error de señalar como fundamento del concepto del Tribunal el cúmulo de títulos que el recurrente enuncia, cuando su sentencia expresa de manera clara que "se recibieron varias declaraciones de testigos a petición del actor, quienes afirman por conocer prácticamente los terrenos sobre que versa el deslinde, que **Capitancitos** y **La Giralda** no son dos propiedades o fundos separados, sino uno solo, el cual toma la denominación de **La Giralda** en la parte alta, recientemente fundada."

No se puede acusar de mala estimación de una prueba, que no se ha tenido en cuenta por el juzgador.

Objeta, además, el recurrente, que no era la prueba testimonial la que podía admitirse para comprobar el hecho de que la finca de **Capitancitos** había recibido un cambio en su denominación, con el agregado de un nombre adicional—**La Giralda**—sino que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2656 del Código Civil, era la certificación del Registrador de instrumentos públicos la que podía servir de prueba respecto de aquella variación.

A esto se responde que el hecho que se propuso demostrar el demandante fue que cierta porción del globo de

Capitancitos, antes inculta, se le designó luego con el nombre de **La Giralda**, cuando recibió mejoras; hecho que puede comprobarse con testigos. El caso contemplado en el artículo 2656 es otro, a saber: cuando una finca rural cambia la denominación de su todo, de suerte que si antes se conocía con un nombre, luego es designada totalmente por otro. Y aun en este caso, la sanción que establece el referido artículo no es la de que el título escriturario no pueda aclararse ni complementarse con la prueba testimonial, sino que impone una pena meramente disciplinaria de multa, si el requisito del registro no se llena.

Segundo cargo: error de hecho evidente que aparece de autos, al apreciar las escrituras públicas presentadas por las partes, en las cuales se señala de modo claro el lindero sur del predio de **Capitancitos**, y el norte del predio de **Capitanes**. El Tribunal, en vez de guiarse por estos títulos, señaló linderos que no aparecen en ellos. Designa el recurrente como mal apreciados los siguientes instrumentos: la escritura número 222, de mil ochocientos cincuenta y nueve, Notaría de Bucaramanga; la número 136, de mil ochocientos sesenta y ocho, Notaría de Bucaramanga; la número 391, de mil ochocientos setenta y tres; la número noventa, de febrero de mil novecientos cinco; la número 308, de mil novecientos seis; la número trescientos nueve, de diciembre de mil novecientos seis; la número 227, de diciembre de mil novecientos catorce, todas estas de la Notaría de San Gil; la número 90, de mayo de mil ochocientos cincuenta y cuatro, Notaría de Girón, y otras.

Se refiere el cargo a la parte de la sentencia en que el Tribunal afirma que las escrituras que se presentaron con la demanda, no indican claramente cuál es la línea divisoria de **Capitancitos** con **Capitanes** y **Mata de Cacao** en la parte alta de esos terrenos. Pero agrega: "esa oscuridad merma un tanto en las escrituras posteriores que se presentaron en el mismo juicio especial."

Refiriéndose—agrega el recurrente—a las escrituras del predio de **Capitancitos**, dice el Tribunal:

"En todas ellas este predio aparece con los siguientes linderos: por el Norte, con terrenos que se dicen baldíos; por el Sur, el río Sogamoso, hasta la confluencia con la quebrada **Capitancitos**; por el Poniente, dicha quebrada de **Capitancitos** arriba, de por medio, con terrenos de Abdón Espinosa, hasta dar con terrenos que se dice eran de propiedad de Daniel, Pedro Vicente y Pedro Elías Mantilla y con terrenos de propiedad de Luis Reyes."

No obstante estar claramente determinado en las referidas escrituras que el predio de **Capitancitos** limita por el Sur con el río Sogamoso, y el de **Capitanes** por el Norte con terrenos baldíos, o con el cerro que lo domina por ese lado, partió de la base de que tales predios son colindantes entre sí por el Norte y por el Sur, respectivamente, para fijar una línea divisoria caprichosa, que carece de base en los títulos. Es verdaderamente inexplicable que, si conforme a los títulos referidos, **Capitancitos** limita al Sur con el río Sogamoso, pueda limitar con ese mismo costado con el predio de **Capitanes**, que limita por el Norte con tierras baldías o con un cerro. Es, pues, indudable que el límite sur del primero de dichos predios no puede coincidir con el límite norte del segundo, como lo establece la sentencia.

Se considera:

El cargo, tal como se ha formulado, no armoniza con el problema de alinderación, que quedó planteado ante el Tribunal, y que éste decidió. Para establecer el ver-

dadero punto de vista, deben recordarse estos antecedentes:

1º El deslinde pedido y decretado entre los predios **Capitancitos** y **Capitanes** y **Mata de Cacao** (comprendiéndose en el primero la fundación **La Giralda**), fue éste: por el lado occidental y sur de **Capitancitos**, con sus correlativos oriental y norte de **Capitanes** y **Mata de Cacao**, en la línea comprendida desde el río **Sogamoso**, en donde la quebrada de **Capitancitos**, aguas de ésta arriba, hasta su nacimiento, y después línea recta, hasta la cordillera de **La Paz**.

2º Los peritos que intervinieron en la diligencia provisional de deslinde, adoptaron de común acuerdo como línea divisoria entre los predios **Capitancitos** y **Capitanes**, la quebrada de **Capitancitos**, en el trayecto comprendido desde su desembocadura en el río **Sogamoso** hasta su origen en el divorcio de las aguas. Las partes consintieron en este mismo trayecto de la línea divisoria.

3º El Juez, al aprobar el deslinde totalmente, dio aprobación, por el mismo hecho, a la referida sección.

4º Por consiguiente, quedó fuera de litis ese trayecto, y establecida definitivamente la línea que, teniendo por extremos el río **Sogamoso** y el **divortio aquarum**, es decir, la quebrada de **Capitancitos**, "deslinda a **Capitancitos** por el Occidente y a **Capitanes** por el Oriente."

5º Los peritos de cada parte estuvieron en desacuerdo de la línea divisoria de ahí en adelante, esto es, del punto del nacimiento de la quebrada **Capitancitos—divortio aquarum**—hasta el extremo norte, diferencia que provino del rumbo distinto que cada cual dio a esta línea seccional.

La diversidad de rumbo originaba diferencia en el extremo norte, de modo que uno de los peritos, adoptando la dirección este-occidente, hubo de llevar la línea a una cordillera que llamó de **El Frío**. El otro perito, tomando un rumbo occidente-oriente, trazó la línea por el divorcio de las aguas, dándole por extremo norte "en un punto de la cordillera de **La Paz**." El perito tercero adhirió al último dictamen, con la diferencia de que dio el rumbo sur-norte, esto es, sin desviación alguna, a la línea que partiendo del nacimiento de la quebrada **Capitancitos**, parase en la cordillera de **La Paz**.

El Juez decretó el deslinde marcando los extremos de la línea adoptada por el perito tercero, pero sin marcarle rumbo, que luego aclaró en sentencia posterior, dándole la dirección sur-norte.

Más tarde, a virtud de la oposición que entabló al deslinde la dueña de **Capitancitos** y **La Giralda**, el juicio ordinario terminó en primera instancia con la sentencia del Juez (folio 187), por la cual fue aprobada la antedicha alinderación. Advierte la sentencia que el rumbo de la línea es sur-norte. Y decidió también que el predio de **Mata de Cacao** no era deslindable por su costado norte con el sur de **La Giralda**.

En apelación, el Tribunal adoptó un deslinde peculiar:

"Desde el nacimiento de la quebrada **Capitancitos**, en dirección sur-norte, hasta ponerse a nivel con la parte más alta del cerro o colina con escarpas o derrumbes, que existe contiguo al predio de **Capitanes** en su costado norte; de aquí, línea recta, en dirección este-oeste, a pasar por ese cerro o colina alta que existe en el costado norte de dicho predio de **Capitanes**, hasta encontrar el predio de **Mata de Cacao**; de aquí, línea recta, en dirección sur-norte, hasta donde se extiende dicho predio de **Mata de Cacao**, por su costado oriental, y de aquí, línea recta, en dirección este-oeste, hasta donde termina este mismo predio por su costado norte."

Este deslinde tuvo por objeto principal lograr la delimitación del predio de **Mata de Cacao** con **Capitancitos** en su sección de **La Giralda**, que se había omitido en primera instancia.

Esta relación del curso que tuvo el deslinde demandado, se hace para patentizar, en primer término, la sinrazón del segundo cargo del recurrente, y también como preliminar indispensable al estudio de los subsiguientes motivos.

Descartada la litis por acuerdo unánime de los peritos y de las partes, en la parte de la línea divisoria entre el río **Sogamoso** y el nacimiento de la quebrada **Capitancitos**, y radicada la controversia desde este punto hasta el extremo norte de la línea divisoria de los dos predios, ya no había para qué tener en cuenta el extremo sur—río **Sogamoso**—de la línea divisoria general, sino que este punto cardinal quedaba radicado en el punto del nacimiento de la quebrada **Capitancitos** para la orientación ulterior que había de tomarse en el deslinde de las porciones de los dos predios contiguos, desde el **divortio aquarum** hasta el límite norte. No otra cosa hizo el Tribunal.

Tercer cargo: error evidente de hecho en la apreciación de una parte de las escrituras número 90, Notaría de San Gil, fecha veintiuno de febrero de mil novecientos cinco, y número 377, Notaría de Bucaramanga, de diez y seis de febrero de mil novecientos diez y seis. Se refiere a la parte de la sentencia en que se expresa que en aquellas dos escrituras el predio de **Capitanes** linda por el Oriente con terreno de Constantino Rueda (**Capitancitos**), y por el Norte, con el cerro o colina que domina dicho terreno; concluye afirmando que "no queda duda de que esas dos fincas lindan por el Oriente en su parte baja." Saca de aquí el recurrente el cargo de que esta aserción entraña el desconocimiento de que **Capitanes** limita al Norte con un cerro.

La Corte considera que no hay error evidente por las razones expuestas atrás, y por las que se expondrán al estudiar otros cargos.

Cuarto error: error de hecho y de derecho en que incidió el Tribunal al estimar la escritura número 247, de fecha tres de marzo de mil novecientos diez y siete, por la cual Moisés, Alfredo y Enrique García vendieron a la Sociedad Parra Hermanos el predio denominado **Coles**—en el cual se halla comprendida la fundación de **Mata de Cacao**, en su parte alta—escritura que da a esta fundación los linderos siguientes: por el Oriente y Norte, con terreno de Elena Rueda Galvis; por el Occidente, con la cordillera de **Las Cruces**, y por el pie o Sur, la quebrada **Seca** al medio, con el terreno de **Coles**, una parte, y otra con el de **Trigueros**.

Se dirige el cargo a la parte de la sentencia que en seguida se resume. Por la escritura número 247 citada (folio 118, cuaderno 1º), los Garcías vendieron a Parra Hermanos el predio de **Coles**, en el cual se halla comprendida la fundación de **Mata de Cacao**, en su parte alta, a la cual se dieron estos linderos: por el Oriente y Norte, con terreno de Elena Rueda Galvis; por el Occidente, con la cordillera de **Las Cruces**, y por el pie o Sur, la quebrada **Seca** al medio, con el predio **Coles** una parte y con el de **Trigueros** por otra parte.

Sobre esta alinderación razona el Tribunal:

"Se ve, pues, que conforme a esta escritura, el predio de **Mata de Cacao** linda con **Capitancitos** y **Giralda**, demostrado como está que son un solo predio, por Oriente y por el Norte; y como esta misma escritura dice que **Mata de Cacao** limita por el Sur con el predio **Coles**, en cuya cabecera se halla, y no se dice que limita con Ca-

pitanes por ese costado ni por el Oriente, es claro que tanto Capitanes como Mata de Cacao lindan con Capitancitos y Giralda por el Norte."

El recurrente acusa de error de hecho evidente esta apreciación, y expone estas dos razones: que la manera como el Tribunal raciocina, hace resaltar el error de hecho en que incurre; y porque Parra Hermanos, dueños de Mata de Cacao, dijeron sin más razonamiento ni probanza:

"Que el demandante (del deslinde), al intentar su demanda, se ha fundado en una escritura en la cual el vendedor, que no tenía porqué saber cuál era el dueño de los terrenos colindantes, señaló persona distinta de quien apareció en la diligencia."

Eso es todo.

Error de derecho al apreciar la escritura número 247, y violación del artículo 1759 del Código Civil, que establece que "el instrumento público hace 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 hacen plena fe sino contra los declarantes."

De manera que al establecer el Tribunal que la declaración hecha de que Mata de Cacao linda por el Oriente y Norte con Capitancitos, atribuyéndole efectos contra el recurrente, incurrió en error de derecho, pues tal declaración no puede hacer variar los linderos del predio de Capitanes, el cual, según los títulos de propiedad del recurrente, linda por el Norte con el cerro o colina que domina dicho terreno.

Se considera:

El artículo 1759, cuya violación acusa el recurrente, si bien concebido en términos absolutos, está interpretado por la Corte en diversas decisiones que corrigen por jurisprudencia los defectos de redacción:

"El principio jurídico, ha declarado esta Superioridad, consagrado en el artículo 1759 del Código Civil, según el cual no tienen fuerza contra terceros las declaraciones que hacen los contratantes en un instrumento público, no quiere decir que una escritura de venta, registrada, no sirva de prueba al comprador para defender su dominio contra terceros que no presenten pruebas preferentes de dominio en la finca." (Número 1538, tomo III).

Y tratando especialmente del efecto respecto de terceros de los asuntos de deslinde, ha declarado la Corte:

"La alinderación de la finca que se enajena es la determinación más precisa de la cosa vendida, y hace parte, por lo mismo, de las condiciones del contrato. Desde entonces las declaraciones que al respecto hagan los contratantes en el instrumento de compraventa, hacen fe respecto de todos, mientras ese título no sea atacado y subsista."

La naturaleza y efectos del juicio de deslinde entre dos propiedades, exige necesariamente la contraposición de títulos presentados por los interesados, los cuales, según el artículo 1310 del Código Judicial, son los que deben servir de base preferentemente al Juez para la determinación de la línea divisoria.

Y por esta razón ha declarado también la Corte que "cuando los linderos que separan dos fincas difieren unos de otros en las diversas escrituras de transmisión, no puede decirse que el Tribunal incurre en error de hecho evidente, al aceptar los linderos de algunas de esas escrituras."

El cargo es infundado.

Quinto cargo. Error de hecho y de derecho al apreciar el Tribunal las escrituras públicas que cita en su fallo, el dictamen pericial que forma parte de la diligencia de deslinde, y las declaraciones de José Rosario Díaz, Agapito Alfonso, Pedro Díaz, José Angel Díaz, Antonio Domínguez y José María Díaz.

Para mayor claridad y mejor método, la Corte examinará por separado cada uno de estos cargos, enunciados como elementos de un solo motivo por el recurrente.

A) Error en la apreciación de las escrituras públicas que estudió el Tribunal, y violación del artículo 681 del Código Judicial, que establece que estos instrumentos hacen siempre plena fe acerca de su contenido.

Consiste el cargo en que, a pesar de que no aparece de ellas que los terrenos de Capitanes y Capitancitos lindan por el lado norte del primero y sur del segundo, impuso este lindero arbitrario, haciendo referencia a los mismos títulos, y derivando de éstos una demarcación contraria a la que resulta de esas escrituras.

La sentencia, al referirse a las mencionadas escrituras, expresa estos conceptos:

"Que las presentadas con la demanda no indican claramente cuál es la línea divisoria de Capitancitos con Capitanes y Mata de Cacao, en la parte alta de esos terrenos. Lo propio acontece con las escrituras 222 y 136, presentadas durante el juicio de deslinde."

Y agrega luego que la oscuridad de los títulos "apenas merma un tanto en las escrituras posteriores que se presentaron en el mismo juicio especial."

Se considera:

El recurrente empieza por reconocer, de acuerdo con el Tribunal, que en las referidas escrituras "no aparece que los terrenos de Capitanes y Capitancitos lindan por el lado norte del primero y sur del segundo"; y, sin embargo, invoca el principio de que ellos hacen plena fe respecto de declaraciones que no contienen, y contra las cuales no ha podido, por lo mismo, sentenciar el Tribunal.

Es cierto que los títulos con que aparejó la demanda de deslinde, los cuales son referentes a la propiedad de Capitancitos, no enuncian que esta finca limite con la de Capitanes por el lado norte de la segunda y el costado sur de la primera; esos títulos, en relación con estos dos predios contiguos, marcan estos límites generales de Capitancitos: por el Sur, río Sogamoso, hasta la confluencia de la quebrada de Capitancitos; por el Poniente, esta quebrada arriba, de por medio, con terrenos de Abdón Espinosa (Capitanes), hasta dar en dirección Norte, se entiende, con terrenos que se dice eran baldíos.

Es igualmente cierto que los títulos presentados en la diligencia de deslinde por el dueño del predio de Capitanes, relativos a esta propiedad, no señalan límite por el lado norte con Capitancitos; tales títulos, así como los relativos a esta última finca, contienen esta demarcación general: por el Oriente, con terrenos de Constantino Rueda M. (hoy de la señora Rueda de Uribe, demandante); por el Norte, con el cerro o colina que domina dicho terreno; por el Sur, con el río Sogamoso.

Si la demanda de deslinde se hubiera entablado con el único fin de poner línea divisoria entre estos dos predios, la acusación del recurrente sería eficaz; pero ha olvidado que la acción de deslinde comprende también el terreno de Mata de Cacao, independiente de aquellos dos predios, y cuyo dueño—Parra Hermanos—fue demandado conjuntamente con Abdón Espinosa.

dueño de Capitanes. El juicio tomó desde entonces otro aspecto, no ya de simple demarcación entre Capitancitos y Giralda y Capitanes, sino de doble alinderación correlativa entre estos dos predios.

El Juez, basado en la razón de que Capitancitos y La Giralda eran dos predios distintos, y que respecto del segundo no se había exhibido título alguno que lo determinara y delimitase, se abstuvo de trazar línea divisoria por el lado sur de esta misma propiedad con el costado norte de Mata de Cacao, y adoptó como línea divisoria únicamente la que partía a los dos predios, Capitanes y Capitancitos, por los lados oriental y occidental, respectivamente. Pero como en segunda instancia el Tribunal considerase que se había allegado la prueba, consistente en declaraciones de testigos, de que Capitanes y Giralda no son dos propiedades o fundos separados, sino uno solo, el cual toma la denominación de La Giralda, en la parte alta, hubo de proceder a fijar la línea de demarcación entre ese predio y los de Capitanes y Mata de Cacao.

Variado así el plan de deslinde, necesariamente la sentencia del Tribunal tenía que apartarse en esta parte del dictamen de los peritos, quienes habían fijado la línea entre Capitanes y Capitancitos, con prescindencia de la delimitación con el predio de Mata de Cacao, que, como se deja dicho, también fue objeto de la acción de deslinde.

Y no podía amoldarse únicamente el Tribunal a los títulos referentes a aquellas dos primeras fincas, porque ellos ninguna relación tenían con la nueva propiedad de Mata de Cacao, la cual, de mera fundación creada en el predio de Coles, se dejó constituida como finca especial, con linderos propios, en la venta que Moisés, Alfredo y Enrique García hicieron de aquella propiedad a Parra Hermanos, por la escritura número 247, Notaría de Bucaramanga, de fecha tres de marzo de mil novecientos diez y siete (folio 113, cuaderno 1°).

El Tribunal hubo de basarse en este título, ya que no existían otras pruebas preferentes para determinar los linderos de Mata de Cacao y Capitanes con Capitancitos y La Giralda. Los linderos expresados en aquella escritura son éstos: por el Oriente y Norte, con terrenos de la señorita Elena Rueda Galvis; por el Occidente, con la misma cordillera de Las Cruces; por el pie o Sur, la quebrada Seca, de por medio, con el predio de Coles y con terrenos de los compradores.

Por esta razón declara la sentencia que "conforme a esta escritura, el predio de Mata de Cacao linda con Capitancitos y La Giralda, demostrado como está que son un solo predio, por el Oriente y por el Norte; y como esta misma escritura dice que Mata de Cacao limita por el Sur con el predio de Coles y no con Capitanes, es claro que tanto Capitanes como Mata de Cacao, lindan con Capitancitos por el Norte."

Esta última aserción resulta inexacta, porque si bien Mata de Cacao linda por el norte con Capitancitos, no así Capitanes, porque se interpone el predio de Coles. Pero esta inexactitud no ha sido materia de acusación.

La sentencia del Tribunal llenó el vacío que había dejado la de primer grado, no alinderando a Mata de Cacao conforme a la línea trazada por ésta, y que a virtud de la modificación antedicha, arranca desde la terminación del costado norte del aquel mismo predio, esto es, línea recta, dirección sur-norte, hasta encontrar la cordillera denominada de El Frío.

Queda así desvanecido el cargo consistente en que la sentencia no se ajustó a los títulos exhibidos en el juicio ni al dictamen pericial.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide:

1° No es casable la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bucaramanga, con fecha dos de mayo de mil novecientos veintinueve.

2° Son de cargo del recurrente las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veinticuatro de octubre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito de Buga el doctor Fernando Falla, en su condición de apoderado de Carlota Quintero viuda de Ramón Hernández; de Miguel, Manuel Dolores, Benilda y Juan Hernández Quintero, de María de los Angeles Hernández Quintero, casada con Liborio Reyes; de María de Jesús Hernández Quintero, mujer de Víctor Ledesma, y de Sofía Hernández Quintero, esposa de Antonio Fonseca Hernández, promovió demanda ordinaria sobre nulidad y rescisión de la partición de los bienes en la mortuoria del señor Ramón Hernández Rengifo, verificada por el doctor Lisandro Paláu R., el dos de abril de mil novecientos veintitrés.

Dirigió esta demanda contra los siguientes señores: Clotilde Hernández, esposa de José Antonio Mora; María Jesús Hernández Lenis de Escobar, Lucas Hernández Lenis, Tránsito Hernández de Escobar y José Vicente Hernández Lenis, representantes de su finado padre, Saturnino Hernández Lenis, y Romelia Hernández.

Dijo el demandante:

"Propongo, pues, la siguiente cuestión como base fundamental de la nulidad y rescisión de la partición; nulidad por dolo como obra de la parte demandada y por error en un punto de hecho que vicia el consentimiento, y rescisión por lesión enorme, que ha perjudicado a mis poderdantes en más de la mitad de su cuota (artículos 1405, 1510, 1511, 1515 y 1741 del Código Civil). La cuestión consiste en que la finca del Sauce, situada en el Corregimiento de Ginebra, del Distrito de Guacarí, con todas sus sementeras, más todos los semovientes, muebles y enseres comprendidos en la aludida partición, pertenecen exclusivamente a la sociedad conyugal de Ramón Hernández con Carlota Quintero, mientras que la primera sociedad conyugal de Ramón Hernández con Gertrudis Lenis debe reconocerse que estaba insolvente. Declárelos."

Y expuso luego los hechos que a continuación se transcriben:

"1° Que por escritura pública número 412, de dos de marzo de mil ochocientos ochenta y tres, otorgada en la Notaría de Buga, el señor Josué Barragán y las señoras Raquel, Sara y Rebeca Barragán, vendieron al señor Ramón Hernández la finca de campo denominada El Sauce; pero esta escritura fue registrada por primera vez el treinta y uno de agosto de mil novecientos diez y

ocho, ya casado Ramón Hernández, hacía más de treinta años, con Carlota Quintero. La jurisprudencia del hecho se deduce del artículo 756 del Código Civil, en relación con el 759 y ordinal 1º del artículo 2637 del mismo Código, porque la tradición del dominio sobre bienes raíces solamente se verifica por medio de la inscripción o registro, y desde la fecha de esa inscripción.

"2º Que según recibo del señor Francisco Cifuentes, fechado el veintisiete de julio de mil novecientos doce, en tiempo de la sociedad conyugal con Carlota Quintero, pagó Ramón Hernández Rengifo lo que estaba debiendo a las señoras Barragán por compra de la finca de El Sauce, y por eso aparece pagado el documento de la deuda cuando estaba casado Hernández con Carlota Quintero. Lo acredito con el documento original y con el recibo dicho.

"3º Que por medio de escritura número 32, de veinticuatro de marzo de 1926, Notaría de Guacarí, Rodolfo Escobar Saavedra vendió a Ramón Hernández Rengifo un pequeño fundo en el terreno vínculo de Guabas, Distrito de Guacarí, que se compone de dos plazas, más o menos, cubierto de pasto común, a continuación de la finca de El Sauce, que se halla al Occidente y Sur del fundo comprado a Rodolfo Escobar Saavedra, y la compra se hizo al contado. Lo compruebo con la copia de dicha escritura, debidamente registrada.

"4º Que por escritura número 349, de veintisiete de diciembre de mil ochocientos noventa y cuatro (existente ya la sociedad conyugal con Carlota Quintero), Notaría de Guacarí, compró Ramón Hernández un derecho en el indiviso de Guabas a Víctor Piedrahita, y otro derecho en el mismo indiviso a Hermelinda Rentería, y fueron comprados los derechos al contado. Lo compruebo con copia notarial de la escritura, debidamente registrada.

"5º Que en la partición de los bienes de las mortuorias acumuladas de Ramón Hernández Rengifo y Gertrudis Lenis, se hizo la consideración de que todos los bienes inventariados eran de la primera sociedad conyugal, y bajo tal consideración se hizo la partición, por lo cual al segundo matrimonio solamente se adjudicó cuotas mínimas que lesionan enormemente a la viuda Carlota Quintero y a sus hijos. Véase la partición.

"6º Que los bienes inventariados en esas sucesiones fueron adquiridos durante la segunda sociedad conyugal con Carlota Quintero. Lo comprueban las escrituras.

"7º Que Ramón Hernández, cuando casó con Carlota Quintero, debía hacer inventario solemne de los bienes que estaba administrando, porque tenía hijos del precedente matrimonio, y la autoridad no podía permitir el matrimonio del viudo sin ese requisito. Se presume así que se liquidó entonces la primera sociedad conyugal.

"8º Que Ramón Hernández Rengifo casó con Gertrudis Lenis en el mes de julio de mil ochocientos sesenta y ocho, enviudó en el mes de diciembre de mil ochocientos ochenta y cinco, por muerte de Gertrudis Lenis, y volvió a casarse con Carlota Quintero en el mes de septiembre de mil ochocientos ochenta y seis. Ramón Hernández murió en el mes de noviembre de mil novecientos veinte. Todo esto lo compruebo con certificados de origen parroquial.

"9º Que Carlota Quintero recibió en el año de mil ochocientos noventa y ocho una herencia de su padre Narcisc Quintero, quien falleció en mil ochocientos noventa. Presento la hijuela."

En sustitución de la señora Romelia Hernández Lenis, quien había fallecido, pidió que se notificara la demanda a su hijo Jorge Enrique Hernández, y la dirigió también contra Antonio Hernández Lenis; luego la adicionó, para que se declarase también nula la partición material de la finca de El Sauce, hecha por el señor Cayetano Domínguez el diez de junio de mil novecientos veintisiete, petición que dirigió contra los adjudicatarios, entre los cuales figura, aparte de los individuos señalados en la primera demanda, doña Julia Tenorio, esposa de Peregrino López.

Contestada negativamente la demanda, el Juez de primera instancia falló así el pleito:

"1º Decláranse no probadas, y desprovistas de fundamento legal y jurídico, las causales de nulidad invocadas por el doctor Fernando Falla, personero de los demandantes en el presente juicio.

"2º Se absuelve a los demandados de los cargos de la demanda; y

"3º Se condena en costas a los demandantes."

El Tribunal de Buga confirmó con costas la sentencia del inferior.

Contra la del Tribunal, los demandantes interpusieron recurso de casación, que la Corte admite por reunir las condiciones legales para ello, y procede a resolver, previas las consideraciones siguientes:

El Tribunal entiende que los fundamentos de la demanda de nulidad de la partición, por dolo, error de hecho y lesión enorme, dependen del error en que se dice incurrió el partidor al reputar como bien propio de la sociedad conyugal Hernández-Lenis, el predio de El Sauce, desconociendo así los derechos que exclusivamente correspondían a la sociedad conyugal formada por el mismo Hernández con su segunda esposa, Carlota Quintero. Y se funda la conclusión en la creencia de que habiendo sido registrada la escritura 412, de dos de marzo de mil ochocientos ochenta y tres, por la cual fue adquirido dicho predio durante el segundo matrimonio, el dominio se transfirió a la sociedad conyugal entonces existente, y no a la primera, que existía cuando se celebró el contrato y se otorgó la escritura.

Luego resuelve el caso en favor de la primera sociedad, mediante el razonamiento que en seguida se transcribe:

"Conforme al artículo 756 del Código Civil, la tradición del dominio se efectúa, sin lugar a duda, por la inscripción del título, esto es, por el registro; pero es claro también que el registro no constituye el título, ni produce la virtud de arrebatarlo a quien lo tiene. Para que la tradición valga, dice el artículo 745 ibidem, se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc., etc. De consiguiente, el registro o la inscripción del título traslativo de dominio, que no transfiere sino la posesión efectiva, la da o transfiere a la persona que adquirió el dominio por medio del título.

Así que en el presente caso, habiendo sido adquirido el dominio o propiedad del predio de El Sauce, cuando existía la sociedad conyugal Hernández-Lenis, y perteneciendo a la sociedad conyugal "todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso" (ordinal 5º del artículo 1781 del Código Civil), resulta incuestionable que la posesión efectiva la dio o transfirió el registro a quienes tenían

el título traslativo de dominio, es decir, a los hijos del primer matrimonio, y no a la cónyuge e hijos del segundo matrimonio, pues éstos no habían adquirido el dominio por absoluta carencia de título. De aquí que si los últimos no habían adquirido el dominio, mal podía transferirse a ellos la posesión efectiva, que no es sino una consecuencia o efecto de aquel derecho."

Alega el recurrente la primera causal de casación, y sostiene que el Tribunal violó el artículo 2752 del Código Civil del Cauca, idéntico al 2674 del Código actual; pues el título de adquisición de la finca de **El Sauce**, aunque otorgado durante la sociedad conyugal Hernández-Lenis, no pudo surtir efecto legal sino desde la fecha en que fue registrado, esto es, cuando existía la sociedad conyugal Hernández-Quintero, de manera que el sentenciador, al dar efecto retroactivo al registro, y al considerar, por tanto, que la finca de **El Sauce** pertenecía a la primera sociedad, quebrantó, aparte del artículo dicho del Código Civil, el 1405 de allí, este último porque conceptúa el sentenciador que los reparos que ahora se le hacen a la partición, debieron formularse cuando se siguió el juicio sucesorio, ya que los demandantes estuvieron representados en dicho juicio, como si el artículo expresado, idéntico al 1424 del Código Civil del Cauca, no franqueara la acción separada para pedir la nulidad de la partición.

El personero de la parte recurrente, ante la Corte expone que "si la sociedad conyugal Hernández-Quintero poseyó quieta y pacíficamente el terreno de **El Sauce**, como bien propio, según se deduce de todas las comprobaciones del juicio, desde la celebración del matrimonio hasta la disolución por muerte de Hernández, y esta sociedad es persona jurídica distinta de la que primitivamente constituyó Hernández Rengifo con Gertrudis Lenis, a cuyo favor se otorgó la escritura 412, de dos de marzo de mil ochocientos ochenta y tres, fuerza es concluir que el registro de la escritura careció de virtualidad para arrebatar de las manos de la segunda sociedad la propiedad que la posesión de treinta y cinco años hacía presumir legalmente en favor de mis mandantes, de conformidad con el artículo 762, inciso 2º, del Código Civil, que dice:

"El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo."

Luégo sostiene que el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar la prueba procedente de la escritura número 412, de dos de marzo de mil ochocientos ochenta y tres, porque cuando se registró, en mil novecientos diez y ocho, no existía la sociedad conyugal a cuyo favor y beneficio fue otorgada, y la tradición del dominio que tal hecho implica, no podía verificarse en provecho de una sociedad o persona que ya había desaparecido. No se remite a duda que la tradición del dominio es tránsito de una persona a otra, y que disuelta la sociedad conyugal de Ramón Hernández con Gertrudis Lenis en mil ochocientos ochenta y cinco, y no liquidada en mil novecientos diez y ocho, cuando se registró la escritura, ese hecho trajo necesariamente para Hernández la responsabilidad prevista en el artículo 172 del Código Civil; porque habiéndose casado en mil ochocientos ochenta y seis con Carlota Quintero, en segundas nupcias, llevó Hernández a la nueva sociedad como aporte un bien que vino sin reclamo de nadie a formar parte del haber de los nuevos esposos, lo que constituyó un patrimonio que no puede arrebatarle al cónyuge sobreviviente.

Agrega luégo que como el título de compraventa de **El Sauce** no quedó completo sino en mil novecientos diez y ocho, por el registro, que se efectuó en ese año, durante la existencia de la segunda sociedad, los derechos de terceros ya adquiridos por la posesión no sufren menoscabo por el registro, como lo supone el Tribunal, el cual ha violado, sin lugar a duda, el artículo 762 del Código Civil, arrebatando, sin fórmulas de juicio que garantiza los derechos del poseedor, los de Carlota Quintero en la sociedad conyugal contraída por ésta con Ramón Hernández.

Para resolver, considera la Corte que, conforme al artículo 1813 del Código Civil del Estado del Cauca, idéntico al 1792 del Nacional vigente, la especie adquirida durante la sociedad conyugal no pertenece a ella, aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella.

Ahora bien: es evidente que la causa o título de la adquisición es el contrato de compraventa en el caso que se estudia, el cual se celebró por escritura pública durante la existencia de la primera sociedad conyugal, y si es verdad que la tradición del dominio no se verificó sino por el registro de la escritura, hecho durante la existencia de la segunda, esa tradición, sin el título, no tendría valor alguno; ella tiene que referirse a un título traslativo de dominio. De modo pues que si la causa o título de la adquisición de la finca de **El Sauce** fue anterior a la constitución de la sociedad conyugal Hernández-Quintero, ese fundo no entró a formar parte del haber de esta sociedad, y, por lo mismo, no incurrió el Tribunal en los errores de hecho y de derecho y violaciones de la ley que se le atribuyen, por haber considerado legal la partición que así lo dispuso.

Ahora, si es verdad que la primitiva sociedad conyugal se disolvió por la muerte de uno de los cónyuges, quedó ilíquida dicha sociedad, y constituida una comunidad entre los herederos del cónyuge muerto y el sobreviviente; y esa sociedad tiene su patrimonio, que es necesario liquidar y distribuir entre los copartícipes. No es, pues, exacto que disuelta la sociedad conyugal terminen sus derechos y obligaciones antes de que se verifique la liquidación y correspondiente distribución de los bienes.

Alega el recurrente que el Tribunal dejó de apreciar en la sentencia las escrituras que a Ramón Hernández le otorgaron los señores Rodolfo Escobar Saavedra y Víctor Piedrahita, vendiéndole derechos de tierra en el indiviso de **Guabas**, según títulos debidamente registrados que se acompañaron al juicio, marcados, respectivamente, con los números 32, de veinticuatro de marzo de mil novecientos diez y seis, y 349, de diez y siete de diciembre de mil ochocientos noventa y cuatro, es decir, durante la sociedad conyugal con Carlota Quintero; y dejó de apreciar el recibo que figura al folio 20 del expediente y el documento de fojas 23, comprobatorios de que el pago del terreno de **El Sauce** se hizo con fondos de la sociedad conyugal Hernández-Quintero.

Debido a la no consideración de estos documentos, dice el autor del recurso, el Tribunal llegó a la conclusión errónea, sostenida por el partidario y por el Juez de la primera instancia, de que los bienes inventariados pertenecían a la primera sociedad conyugal y no a la segunda. Esta falta de consideración de las pruebas dichas hizo incurrir al Tribunal en error de derecho, que dio por resultado arrebatarle a la señora Carlota Quintero su mitad de gananciales. Con estos procedi-

mientos se violaron las disposiciones del Título 21 del Libro 4º, del Código Civil, sobre pruebas; pues tuvo el Tribunal el concepto erróneo de que Carlota Quintero debía concurrir a la partición con el derecho correspondiente a la legítima rigurosa de un hijo, a título de porción conyugal, y no con su mitad de gananciales, de acuerdo con el capítulo 5º, Título 22, del Libro 4º del Código Civil. Pide en conclusión que se apliquen esas disposiciones.

Considérase:

El Tribunal estimó que esas observaciones debieron hacerse en el juicio de sucesión, en que tanto la viuda como los hijos del segundo matrimonio estuvieron debidamente representados por su apoderado, quien pudo objetar los inventarios y la partición, en guarda de los derechos que se suponen lesionados. Siendo esto así, mal pueden aducirse tales hechos como constitutivos de dolo o error de hecho y menos de lesión enorme.

Estima la Corte que si hubo gananciales en la segunda sociedad, a cuya mitad tenía derecho la cónyuge sobreviviente, y a esta le convenía más optar por esta mitad en lugar de la porción conyugal que se le asignó en la partición, debió objetarla en la oportunidad debida, lo que pudo hacer conforme al derecho que le otorga el artículo 1235 del Código Civil. De todos modos, el cargo que se estudia es una objeción a la partición, pero no un fundamento que pueda servir para sustentar la acción de nulidad de la partición, que es lo demandado.

Dice el autor del recurso que el Tribunal incurrió en error de derecho, por haber dejado de considerar una copia del testamento otorgado por Ramón Hernández Rengifo y la partición de los bienes de la mortuoria, practicada por el señor Lisandro Paláu R.; que la falta de consideración de esas pruebas tuvo por resultado que el Tribunal no advirtiera las incorrecciones contenidas en la partición, y que se hiciera difícil para esa corporación volver al imperio de la justicia, que se imponía como necesidad urgente, y observa que la prescindencia del testamento ha hecho que Clotilde Hernández Lenis de Mora haya recibido en partición lo que se le había entregado por herencia de su madre. Observa también que la hijuela de gastos se le adjudicó a Antonio Mora, asignándole también un lote en la mejor finca raíz de la mortuoria, contra toda costumbre y legalidad; pues no es el partidor, como tal, persona que pueda dar a los extraños un título que no provenga de los herederos.

Concluye diciendo que por haber prescindido de estas pruebas en el juicio, se llegó a conclusiones erróneas, y violó el Tribunal los artículos 1239, 1240, 1241, 1242 y siguientes del capítulo 3º del Código Civil, puesto que con esa omisión se desconoció a la cónyuge Carlota Quintero la mitad de sus gananciales, y a sus hijos el derecho de sus legítimas rigurosas.

Como se ve, estas acusaciones son objeciones a la partición, que no dicen relación al objeto de la demanda sobre nulidad de la misma; pero no sobra advertir que en lo tocante al testamento, el partidor prescindió de esa pieza, porque la sucesión fue intestada. Dice el partidor:

“Las sucesiones se han declarado abiertas como intestadas, por autos ejecutoriados sin variación alguna posterior. De modo que el testamento del causante Hernández Rengifo, que obra al folio 90, y las escrituras de los folios 29, 30, 94, 95 y 96, por las cuales lo revocó, no

debo tenerlos en cuenta, sean o no válidos tales instrumentos.”

Es de notar que el partidor tampoco tuvo en cuenta la escritura por la cual el señor Ramón Hernández Rengifo le había vendido a su hijo Antonio Hernández Lenis cuarenta y tres fanegadas del predio de El Sauce, el cual fue considerado en su integridad como perteneciente a la sociedad conyugal Hernández-Lenis, y distribuido entre todos los herederos de Hernández.

Cuanto a los gastos se observa que el partidor formó, como era de su deber, una hijuela para cubrirlos, y la adjudicó al señor Antonio Mora, marido de la heredera Clotilde Hernández, quien los había sufragado en su mayor parte, y quien quedó con la obligación de pagar los restantes.

No habiendo bienes muebles suficientes, era el caso de adjudicar, para el pago de los gastos, una parte de los raíces y así se hizo, con uno de los interesados en la sucesión, pues la adjudicación a Mora beneficia a la sociedad conyugal formada por él y la heredera Clotilde Hernández.

Los recurrentes ante el Tribunal exponen que los hijos del primer matrimonio de Ramón Hernández se han presentado indebidamente a la sucesión de éste para recibir porción hereditaria de su madre Gertrudis Lenis, porque el artículo 234 del Código Civil del Cauca, vigente cuando Hernández casó en segundas nupcias, le prescribía que hiciera inventario judicial de los bienes que el viudo se hallaba administrando y que pertenecían a sus hijos; que según el artículo 51 del Código Civil se presume de derecho que el señor Ramón Hernández cumplió con ese deber para volverse a casar. Está, pues, violado, dicen, el artículo 234 del expresado Código Civil en relación con el 51 de allí, para admitir a los hijos del primer matrimonio como asignatarios de bienes de la sociedad conyugal, y asimismo se ha quebrantado el artículo 152 del Código Civil vigente y los artículos 1820 y 1821 del mismo Código, porque la sociedad conyugal, disuelta por la muerte de Ramón Hernández, fue la formada con Carlota Quintero, y sobre ésta no se hizo liquidación, sino de la primera, después de cuarenta años de disuelta, y cuando ya no había petición de herencia.

A este cargo responde la Corte que la sanción establecida por el artículo 227 del Código Civil caucano, idéntico al 172 del Código vigente, al viudo, que teniendo hijos del precedente matrimonio, omite verificar el inventario solemne de los bienes que está administrando, es la de privarlo del derecho de suceder como legitimario o como heredero abintestato al hijo cuyos bienes ha administrado; pero en ninguna manera priva al hijo de sus derechos de heredar a su madre, por la negligencia del padre.

Por último, sostienen los autores del recurso ante el Tribunal, que en cuanto dejó éste de anular la división material de El Sauce, hecha entre los adjudicatarios de esta finca, que hace parte del globo de terreno indiviso de Guabas, violó el artículo 831 del Código Judicial y el artículo 763, en su inciso 4º, del Código Civil, pues desconoció la fuerza de cosa juzgada y la calidad de título traslativo de dominio que tienen las sentencias de adjudicación en juicios divisorios.

Se refiere el cargo al siguiente pasaje de la sentencia:

“Ahora, en cuanto a la división material del predio de El Sauce, como cuerpo cierto, no siéndolo, es hecho que no genera nulidad alguna, puesto que esa división ningún efecto produce respecto de los demás comuneros.

Tal división no tiene más efecto que determinar la porción material que corresponde a cada adjudicatario, sin perjuicio de que más tarde sea alterada por la división general del globo común, conforme a los derechos que les sean reconocidos a los interesados."

Estima la Corte que la acusación carece de fundamento, porque la distribución hecha por los comuneros de El Sauce, que al mismo tiempo son coparticipes en el globo de Guabas, del cual hace parte la finca expresada de El Sauce, en nada afecta los derechos de los demás participes del indiviso de Guabas, y puede, como lo dice el Tribunal, ser alterada cuando se verifique la división de ese globo, desde luego que la sentencia de adjudicación en el juicio divisorio de El Sauce y los títulos que de allí emanan, no dicen relación sino a los que en tal juicio intervinieron.

En razón de lo expuesto, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Buga el treinta de julio de mil novecientos treinta, y condena al recurrente en las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre treinta de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

Ante el Juez 1º del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, Abdón Sistiva, por medio de apoderado, demandó a Eloy Blanco y Rubén Porras, para que, previo un juicio ordinario, se hicieran estas declaraciones:

"a) Que la partición de los bienes de la sucesión del señor Daniel Porras, verificada por el doctor Pablo J. Camacho, con fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos veinticuatro, es errónea y dolosa, es nula y no puede producir efectos legales entre los participes señores Abdón Sistiva, Eloy Blanco, Facundo y Rubén Porras.

"b) Que el señor Eloy Blanco solamente tiene derecho a la cuarta parte del valor de los bienes raíces a que se refiere la diligencia de inventarios practicados en Onzaga, en los días dos y tres del año (sic) de mil novecientos veintiuno, con deducción de la parte alícuota que le quepa en proporción al pasivo de la sucesión.

"c) Que el señor Eloy Blanco no adquirió, en virtud de la venta que le hizo el señor Heliodoro Porras, por escritura pública número 378, de veinticinco de octubre de mil novecientos veinte, otorgada en la Notaría del Circuito de Onzaga, sino la mitad de los derechos que tenían los señores Cayetano, Agustín, Mercedes, Bárbara, Carmen y Escolástica Guerreros, en representación de su madre, en los bienes raíces ubicados en Onzaga, pertenecientes a la sucesión del señor Agustín Rincón.

"d) Que se cancele el registro de dicha partición, efectuado en las oficinas de Registro de Belén y Onzaga, y que se oficie a los respectivos funcionarios, con inserción de lo conducente, para que verifiquen esta diligencia en la forma legal."

Como fundamento de sus acciones, el demandante invocó los artículos 1405, 1502, 1508, 1510, 1511, 1515, 1740, 1741 y concordantes del Código Civil, y los artículos 929, 930, 932 y siguientes del Código Judicial, y los siguientes hechos:

"1º Habiendo fallecido el señor Daniel Porras en el Municipio de Belén el día tres de julio de mil novecientos quince, se ventiló el juicio de sucesión ante el Juzgado 2º del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, con intervención de los señores Eloy Blanco, Abdón Sistiva, Facundo y Rubén Porras, los dos primeros como cesionarios del señor Heliodoro Porras, en la proporción establecida en las correspondientes escrituras, y los dos últimos bajo el carácter de cesionarios de la señorita Teófila Porras, hermana legítima del señor Heliodoro Porras.

"2º El señor Daniel Porras dejó como únicos herederos de todos sus bienes a sus dos hermanos, señores Heliodoro y Teófila Porras, quienes dispusieron de sus derechos herenciales en la siguiente forma: don Heliodoro, por escritura pública número 498, de veintisiete de julio de mil novecientos diez y seis, que otorgó en la Notaría del Circuito de Belén, le vendió al señor Abdón Sistiva todos los derechos y acciones que por cualquier título le correspondieran por herencia de sus padres Facundo Porras y Micaela Amado y de su hermano Daniel Porras, representados en fincas ubicadas en Belén y en Onzaga. El veintisiete de septiembre de mil novecientos diez y ocho, el señor Abdón Sistiva, por escritura número 349, otorgada en Belén, le transfirió al señor Heliodoro Porras parte de los derechos que le había comprado, consistentes en los que el mismo señor Porras había adquirido por herencia de su hermano, señor Daniel Porras, en los derechos y acciones que pertenecían anteriormente a los herederos del señor Juan Agustín Rincón, llamados Cayetano, Agustín, Mercedes, Bárbara, Carmen y Escolástica Guerrero. El señor Heliodoro Porras los vendió, a su turno, al señor Eloy Blanco, según consta en escritura pública número 378, de veinticinco de octubre de mil novecientos veinte, otorgada en la Notaría del Circuito de Onzaga, donde explica que dichos derechos son los que adquirió por herencia de su citado hermano en los derechos que éste había adquirido por compra a los mencionados señores Guerreros. Y la señorita Teófila Porras cedió la mitad de su herencia, en la sucesión de Daniel Porras, a los señores Facundo Porras y Rubén Porras.

"3º Los bienes pertenecientes a la sucesión de que se habla, están situados en los Municipios de Onzaga y de Belén, y se componen de inmuebles y muebles.

"4º El señor Daniel Porras los adquirió por distintos títulos, no siendo necesario enumerar los concernientes a los casos de que trato, a saber: los derechos vinculados en la sucesión del señor Juan Agustín Rincón en bienes raíces y muebles existentes, tanto en Onzaga como en Belén, que el señor Porras adquirió por compra a los esposos señora Emperatriz Rincón y Heliodoro Porras, aquella hija del causante señor Juan Agustín Rincón, ya nombrado, y también por compra a los precitados Guerreros, hijos de una hija del mismo señor Rincón. Muerto el señor Daniel Porras, sus dos únicos herederos, señores Heliodo-

ro y Teófila Porras, vinieron a ser dueños cada uno de una parte de los derechos que pertenecieron a los señores Cayetano, Agustín, Mercedes, Bárbara, Carmen y Escolástica Guerreros, así como debían serlo respecto de la herencia de la señora Emperatriz Rincón en los bienes de toda clase de la sucesión del causante primitivo.

"6° Para verificar la partición debe tenerse en cuenta la parte alicuota que cada uno de los cesionarios tiene en la mencionada sucesión, de conformidad con los derechos que tenían los dos herederos ya nombrados, lo que no se hizo en la partición de veintinueve de noviembre de mil novecientos veinticuatro, que verificó el señor doctor Pablo Camacho, y que fue aprobada en auto de seis de febrero de mil novecientos veinticinco, en la cual se dividió el acervo líquido en dos partes, la una para los señores Rubén y Facundo Porras, y la otra para los señores Sistiva y Blanco.

"7° El señor Eloy Blanco solamente adquirió la cuota de derechos herenciales que le correspondía al señor Heliodoro Porras en la herencia de los señores Guerreros, en los bienes raíces ubicados en el Municipio de Onzaga, todos los cuales fueron avaluados en la diligencia de inventarios practicados en los días dos y tres de septiembre de mil novecientos veintiuno, en la cantidad de seiscientos pesos oro, equivalente dicha cuota a la cuarta parte, así: la mitad de esta cantidad, o sean trescientos pesos, que se componen de la mitad del derecho de la señora Emperatriz Rincón, pertenece a los señores Facundo y Rubén Porras, como cesionarios de la señorita Teófila Porras; la otra mitad de los derechos de los Guerreros, equivalente a ciento cincuenta pesos, pertenece al señor Eloy Blanco, como cesionario de don Heliodoro Porras; y al señor Sistiva pertenecen los otros ciento cincuenta pesos restantes, a título de cesionario de la mitad de los derechos de la señora Emperatriz Rincón.

"8° Como el señor Blanco no tiene sino la cuarta parte de avalúo dado a las tierras que se hallan ubicadas en Onzaga, para la formación de la hijuela no se debe tomar como base la totalidad del haber distribuible, sino el valor asignado a los bienes en que se hallan vinculados sus derechos, porque de lo contrario se comete el error de que adolece la memorada partición, en la cual, para la formación de la hijuela del señor Blanco, no se tuvo en cuenta el propio valor de los bienes raíces de Onzaga, sino la totalidad de todo el haber herencial, incluyendo de ese modo bienes muebles e inmuebles, que no fueron vendidos conforme a la respectiva escritura.

"9° En dicha partición se le hizo al señor Blanco una asignación de cuatrocientos veintiséis pesos con cincuenta y un centavos (\$ 426-51), muy superior a la cuota a que tiene derecho sobre los seiscientos pesos del avalúo de las tierras de Onzaga, que es la cuarta parte, incluyendo la cuota proporcional que le debe caber por razón del pasivo, que es aproximadamente de treinta pesos oro.

"10. La diferencia entre el valor real que le pertenece al señor Blanco y el valor imaginativo, calculado sobre el valor del haber herencial, pertenece a los señores Abdón Sistiva, Facundo Porras y Rubén Porras, en las proporciones debidas.

"11. El señor Heliodoro Porras no le vendió al señor Blanco todo el derecho de los señores Guerreros, y en los bienes raíces de la sucesión del señor Juan Agustín Rincón, ubicados en el Municipio de Onzaga, ni puede entenderse que se los hubiera vendido, porque el señor Heliodoro Porras sabía que esos derechos pertenecían tanto a su hermana Teófila Porras como a él, y que, de consi-

guiente, no tenía derecho sino de vender la parte que justa y legalmente tenía en ellos. Por tanto, el señor Eloy Blanco, en virtud del título que le transfirió el señor Porras, no pudo adquirir más de lo que el vendedor tenía y le transmitía.

"12. Los inventarios de los bienes raíces de la sucesión del señor Daniel Porras, en lo que respecta a los ubicados en la jurisdicción de Onzaga, se contrajeron al avalúo de partes determinadas proindivisas, pero no se refieren a las cosas singulares, determinadas y concretas.

"13. El señor Facundo Porras, en su condición de denunciante, al terminar la primera diligencia de inventarios que se verificó en Onzaga el dos de septiembre de mil novecientos veintiuno, hizo al respecto la debida aclaración, la que el señor Juez comisionado hizo constar en la siguiente forma:

'En este estado, advierte el señor Facundo Porras. que el avalúo dado a las fincas por separado, es el que corresponde a los derechos y acciones pertenecientes a esta sucesión, que se hallan proindivisos con los demás bienes que fueron del señor Juan Agustín Rincón.'

"14. Al hacer la relación de los bienes raíces inventariados, se explica suficientemente que el avalúo se contrae a una parte proindivisa de dichas fincas. Por vía de ejemplo, cito lo siguiente:

'Un solar denominado La Cuadra de los Curos, situado en la sección, plaza arriba, valorado en la suma de veinte pesos oro la parte; una casa denominada Chapinero, situada en la misma sección y jurisdicción, con sus solares adyacentes, valorados en la suma de ochenta pesos oro la parte; un terreno denominado Hatoviejo, sección de Tinavita. . . . , valorado en la suma de ochenta pesos oro la parte.'

"15. Al final de los inventarios, los peritos señores Nicánor Castellanos, Isidro Zambrano y Benjamín Torres explicaron expresamente que las cosas que habían avaluado eran unas cuotas proindivisas en las fincas, aclaración que el señor Juez hizo constar en la forma siguiente:

'En este estado se hace constar por los señores peritos que los valores dados a las fincas no es el de ellas en general, sino a los derechos y acciones que correspondían a la sucesión de Daniel Porras, dentro de los terrenos que fueron del señor Juan Agustín Rincón.'

"16. En la prenombrada partición aparece que tal acto no se trajo únicamente a las cosas inventariadas, sino que la distribución y adjudicación se practicó sobre la totalidad de las fincas comprendidas dentro de las alinderaciones generales, tomando la parte por el todo, con lo cual se incurrió en un error de cantidades y de cosas, en un cambio de objetos que vicia de nulidad la esencia misma del acto en que consiste la partición.

"17. Los gastos efectuados en los inventarios y partición, y en las dependencias del juicio de sucesión del señor Daniel Porras, fueron sufragados por los señores Abdón Sistiva, Facundo Porras y Eloy Blanco, desigualmente. No fueron, en realidad de verdad, los señores Porras y Blanco quienes suministraron el dinero indispensable para la ventilación y terminación de aquel juicio. Así lo da a entender el señor partidador en el siguiente párrafo, hablando de la hijuela de gastos y deudas:

'Esta hijuela se adjudica a los señores Eloy Blanco y Facundo Porras, por aparecer que han hecho la mayor parte de los gastos.'

"Pero habiendo sido adjudicada dicha hijuela a los señores Blanco y Porras, prescindiendo en absoluto del señor Sistiva, se incurrió en otra equivocación, que lesiona el derecho que tiene el mencionado señor Sistiva al reembolso de los gastos que efectuó con dinero de su propio patrimonio, porque tanto derecho tiene al reembolso de treinta a cuarenta pesos, el que ha contribuido con esta suma a la liquidación de una sucesión, como lo tiene el que ha dado doscientos o trescientos pesos. Pues ambos derechos descansan sobre un mismo lastre de equidad y de justicia.

"18. Los hechos que dejo relacionados demuestran la existencia de vicios fundamentales que afectan de nulidad el acto de partición a que me refiero, y que impiden que produzca efectos legales entre los coparticipes. Tales son: el error y el dolo."

El demandado Rubén Porras contestó la demanda, aceptando las pretensiones del actor; Eloy Blanco, por el contrario, se opuso a dichas pretensiones, y alegó, respecto del demandante Porras, la excepción de falta de acción.

El Juez decidió la controversia así:

"1º Declarar que la partición de los bienes de la sucesión de Daniel Porras es errónea, no dolosa, y, por tanto, es nula.

"2º Que Eloy Blanco solamente tiene derecho a la parte que le corresponde a Heliodoro Porras en los derechos y acciones que Daniel Porras compró a Cayetano, Agustín, Mercedes, Bárbara, Carmen y Escolástica Guerrero.

3º Ordénase la cancelación del registro de la partición de los bienes de Daniel Porras, verificada en las oficinas de Onzaga y Belén."

El apoderado del demandado apeló de dicha sentencia, y el Tribunal, por fallo de veintinueve de octubre de mil novecientos veintiocho, revocó el de primera instancia y declaró:

"Está probada en parte la excepción perentoria de carencia de acción. No es el caso de hacer las declaraciones de la demanda."

El apoderado del demandante ocurrió en casación, y se limitó a alegar las causales primera y segunda, que fueron fundadas ante la Corte. Como el recurso es admisible, se procede a decidirlo, empezando por la causal segunda.

Alega la parte opositora que la demanda de casación no se acomoda a lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 90 de 1920, porque no se expresaron en capítulos separados y con precisión y claridad cada uno de los motivos de casación alegados, ni están enumerados.

Se observa:

Es verdad que no aparecen señalados por capítulos enumerados las causales de casación; pero ello no quiere decir que la demanda no sea admisible, porque aparecen separadas con claridad y precisión las causales; se resumen brevemente los conceptos del Tribunal que motivan los cargos, con indicación de los motivos de hecho y de derecho las pruebas que respecto de la causal primera se juzgan mal apreciadas, lo mismo que las disposiciones legales que se estiman quebrantadas: luego la demanda es admisible.

Volviendo a la segunda causal alegada, dice el recurrente que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes,

porque resolvió sobre un punto que no fue objeto de la controversia, o sea sobre la excepción de carencia de acción que alegó el demandado contra uno de los demandantes únicamente, no contra el otro. Que el Tribunal declaró en parte probada la excepción, y que como no resolvió nada respecto del demandante, en que no está probada la excepción, la sentencia peca por defecto.

Se contesta:

El cargo no es fundado. Se alegó por el demandado la excepción de carencia de acción o falta de personería sustantiva del demandante Facundo Porras. El Tribunal declaró probada en parte dicha excepción, sin expresar en la parte resolutive de su fallo, respecto de cuál de los demandantes. Naturalmente, hay que entender que fue respecto de Facundo Porras. Por consiguiente, por ese aspecto el fallo no resuelve sobre más de lo pedido. Además el Tribunal decidió que no era el caso de hacer las declaraciones de la demanda, con lo cual quedó resuelto lo que el recurrente echa de menos en la sentencia; pues si no había lugar a tales declaraciones, no había porqué decidir sobre excepción en ese punto; y en el hecho el Tribunal no lo decidió así en la parte resolutive del fallo, que es lo que debe tenerse en cuenta: luego no hay tampoco incongruencia por defecto en dicho punto.

Causal primera.

En orden a esta causal se alegan dos motivos:

1º Violación de los artículos 1769 del Código Civil y 556 del Código Judicial, en cuanto el Tribunal dejó de apreciar, dice el recurrente, la declaración de confeso del demandado Eloy Blanco, en las posiciones que se le pidieron, y no le reconoció el valor de plena prueba que a esa confesión ficta le da la última disposición citada, confesión por la cual quedó establecido, en concepto del autor del recurso, que el señor Eloy Blanco no adquirió en los bienes de Onzaga, sino la cuarta parte de los derechos que correspondían a los Guerreros, que los vendieron al señor Daniel Porras, y que fue lo que traspasó Abdón Sistiva a Heliodoro Porras y éste a Eloy Blanco. Que esa declaración de confeso de Eloy Blanco concuerda con la escritura de venta respectiva, prueba que también dejó de acoger o no tuvo en cuenta el Tribunal, por lo cual violó también el artículo 1769 del Código Civil, por no haberlo aplicado.

Se considera:

Para resolver sobre este cargo es preciso ver sus antecedentes. Se trata únicamente de la sucesión de Daniel Porras. Se dice, y en ello convienen las partes, que Daniel Porras no dejó descendencia ninguna, y que lo heredaron sus dos hermanos Heliodoro y Teófila Porras, que fueron los que se presentaron en el juicio de sucesión de aquél.

Se dice también que existió Juan Agustín Rincón, quien dejó como hijos suyos a Emperatriz y Juliana Rincón, la primera casada con Heliodoro Porras, y la segunda con Cayetano Guerrero. Consta que de este segundo matrimonio nacieron Escolástica, Bárbara, Carmen, Mercedes, Martín, Agustín y Luis Felipe Guerrero. Aparece de las escrituras números trescientos treinta dos (332), veinte (20) y seis (6), de fechas catorce de noviembre de mil novecientos seis, veinte de febrero de mil novecientos siete y diez ocho de enero de mil novecientos diez, otorgadas, respectivamente, en las Notarías de Belén, Departamento de Tundama, entonces, y de Santa Rosa, que Escolás-

tica, Bárbara, Carmen, Mercedes y Agustín Guerrero, diciéndose herederos de Juliana Rincón, vendieron a Daniel Porras todos los derechos y acciones que pudieran corresponderles por herencia de su madre Juliana Rincón, según los títulos de propiedad—dicen las escrituras—"del finado Juan Agustín Rincón, padre de Juliana, en bienes raíces que se hallan proindiviso con los del comprador y con Luis Felipe Guerrero, en el Municipio de Onzaga, entonces del Departamento de Galán." En la primera de estas escrituras intervino también como vendedor Cayetano Guerrero, diciéndose esposo de Juliana Rincón.

Ya se dijo que la herencia de Daniel Porras se defirió a Heliodoro y Teófila Porras como sus hermanos. Heliodoro Porras vendió a Abdón Sistiva, por escritura número 478, de veintisiete de julio de mil novecientos diez y seis, Notaría de Santa Rosa de Viterbo, el derecho de dominio que tenía en los siguientes bienes raíces:

a) Una casa de tapia y teja, con su solar adyacente, ubicada en el centro de la población de Belén, que hubo por compra a Luis María Porras, por estos linderos (siguen éstos).

b) Todos los derechos y acciones que por cualquier título le correspondan por herencia de sus padres Facundo Porras y Micaela Amado, y de su hermano Daniel Porras, que falleció abin testato (sic) hace un año, y de que no se han practicado inventarios, representados en fincas raíces ubicadas en Belén y Onzaga, por los linderos que constan en los respectivos títulos de propiedad."

Por escritura número 349, de veintisiete de septiembre de mil novecientos diez y ocho, Notaría de Belén, Abdón Sistiva dijo dar, en venta real y enajenación perpetua, a Heliodoro Porras, los derechos y acciones que hubo por compra al mismo señor Porras, y que éste adquirió por herencia de su hermano Daniel Porras, de los derechos y acciones comprados a Cayetano, Agustín, Mercedes, Bárbara, Carmen y Escolástica Guerrero, los que se hallan ubicados, proindivisos, en el Municipio de Onzaga, Departamento de Santander, en las veredas del Centro y Tinavita, cuyos linderos constan en los antiguos títulos de propiedad."

A su vez Heliodoro Porras vendió a Eloy Blanco, por escritura número trescientos sesenta y ocho (368), de veinticinco de octubre de mil novecientos veinte, Notaría de Onzaga, "los derechos y acciones que adquirió por herencia de su finado (sic) Daniel Porras, de los derechos y acciones comprados a Cayetano, Agustín, Mercedes, Bárbara, Carmen y Escolástica Guerrero, los que se hallan proindivisos, y ubicados en este Municipio, en las veredas del Centro y Tinavita, cuyos linderos constan en los antiguos títulos de propiedad, y que están, como se dijo, proindiviso con los demás herederos de Daniel Porras. Entran en esta venta los frutos que ha dejado de lograr o recibir, los que son deudores, los herederos que han estado en posesión de todas las fincas, San Antonio, Las Vegas, Chapinero y El Curo."

Por escritura número ochenta y uno (81), de veintiséis de marzo de mil novecientos diez y siete, Notaría de Belén, Teófila Porras enajenó, a título de donación, a Facundo y Rubén Porras, los derechos y acciones que le pudieran corresponder por herencia de su finado hermano Daniel Porras.

De lo anterior resulta que los bienes hereditarios de Daniel Porras debían dividirse en dos partes: una para Heliodoro Porras y otra para Teófila Porras, a quien representan Facundo y Rubén Porras, como cesionarios.

Como Heliodoro Porras vendió primero todos sus derechos en dicha sucesión a Abdón Sistiva, y después readquirió de éste los que el causante Daniel Porras había adquirido de Escolástica, Bárbara, Carmen, Mercedes y Agustín Porras y Cayetano Guerrero, y últimamente, el mismo Heliodoro Porras vendió a Eloy Blanco estos derechos, sobre bienes raíces situados en Onzaga, el partidador tenía que distribuir la parte o mitad de Heliodoro Porras entre Eloy Blanco y Abdón Sistiva. ¿En qué proporción?

El recurrente sostiene que a Eloy Blanco sólo le correspondía, de acuerdo con su título, la cuarta parte del valor de los derechos en bienes raíces situados en Onzaga, y que eran de los Guerreros antes citados; que el partidador adjudicó a Blanco, no solamente más de esa cuarta parte de tales derechos, sino las fincas en que ellos están radicados, a pesar de haber inventariado y avaluado únicamente derechos. Que Eloy Blanco fue declarado confeso en posiciones, en que se le preguntó si tenía conocimiento de que por la venta que le hizo Heliodoro Porras sólo había adquirido parte de los derechos de los Guerreros, sin comprender la parte de Teófila Porras en las tierras del Municipio de Onzaga. Que no obstante lo que expresa el título de Abdón Sistiva, el de Eloy Blanco y la declaración de confeso de éste, el Tribunal no tuvo en cuenta dichas pruebas, con lo cual violó el artículo 1769 del Código Civil y 556 del Código Judicial, no dando el valor de plena prueba a la confesión de Blanco; y el artículo 1759 del Código Civil, por no haberlo aplicado, y desconocido al título de dichos coparticipes, el valor de plena prueba que le da esta última disposición.

Se contesta:

Conforme a la venta que Heliodoro Porras hizo a Abdón Sistiva, ella comprendió derechos y acciones en bienes raíces, situados en Belén y Onzaga; y al tenor de la venta que volvió a hacerle Sistiva a Heliodoro Porras, tal traspaso se limitó a derechos de los que al vendedor le correspondían como heredero de Daniel Porras, y que éste había adquirido de los Guerreros ya nombrados. Esta parte de derechos fue la que Heliodoro Porras traspasó a Eloy Blanco, sin indicar la cuota que vendiera; pero como a Daniel Porras lo heredaron Heliodoro y Teófila Porras, a Heliodoro no le correspondía sino la mitad de los derechos de los Guerreros, que fue lo que se adjudicó a Blanco. Por consiguiente, no puede entenderse sin prueba clara en contrario, que al vender Heliodoro Porras a Eloy Blanco derechos de los que había vuelto a adquirir de los procedentes de los Guerreros, le hubiera traspasado más de la mitad. Ahora: en los inventarios no se expresó claramente que lo avaluado de la sucesión de Daniel Porras comprendiera más de los derechos de esa procedencia en las fincas raíces situadas en Onzaga: luego no puede afirmarse que el Tribunal hubiera incurrido en error al aprobar el procedimiento del partidador, en cuanto éste separó y adjudicó a Eloy Blanco parte de la mitad de los derechos de los Guerreros en bienes raíces ubicados en Onzaga, y que, por consiguiente, hubiera violado el artículo 1759 del Código Civil, desconociendo el alcance del título de Eloy Blanco y el de Abdón Sistiva. No el primero, porque ese título no expresa que a Eloy Blanco sólo le correspondía la cuarta parte de los mencionados derechos. Tampoco el segundo, porque si a Sistiva no se le adjudicaron derechos en bienes raíces de Onzaga, fue, como dice el Tribunal, por haberlos cedido a Heliodoro Porras, antecesor de Blanco, y porque a Sistiva se le adjudicó el resto de su haber en otros bienes.

Es claro que si Sistiva tiene otros derechos, provenientes de títulos distintos de los que vienen de los Guerreros que vendieron, podrá reclamarlos; pero, como dice el Tribunal, el hecho de que en la partición de que se trata se hubieran incluido bienes que no pertenecían a la herencia de Daniel Porras, no es motivo para rescindirla o anularla, porque la ley da otros medios para corregir esos defectos, según lo ha reconocido la Corte en los fallos que cita el Tribunal.

Por lo que hace a la objeción de que el partidor adjudicó cuerpos ciertos en parte, no obstante que lo avaluado fueron derechos, se observa que el partidor se cifó a los inventarios, en que no expresó que lo inventariado eran derechos.

Además, aparece que el partidor, en parte, adjudicó cuotas en bienes que señaló por sus respectivos linderos. Si el inventario a que se acogió era defectuoso, los interesados debieron objetarlo en tiempo, y no lo hicieron.

Ahora, que el Tribunal no tuvo en cuenta la declaración de confeso proferida contra Eloy Blanco, y por ello violó el artículo 1769 del Código Civil y 556 del Código Judicial, por no haberle dado el valor de plena prueba, se observa que esa declaración de confeso no agrega nada a lo que dicen los respectivos títulos, pues es sabido que el dominio de bienes raíces no se prueba por confesión expresa, menos por confesión ficta. No está, pues, probado el primer cargo.

Segundo cargo. Violación de los artículos 1405, 1410 y 1411 del Código Civil.

En orden a este cargo dice el recurrente:

"El error cometido en la partición quedó comprobado superabundantemente con la comparación que se hace de la hijuela y declaraciones de ella con las relaciones de los inventarios, en que consta que lo avaluado fueron derechos y acciones en fincas o casas, en las cuales hay otros condueños, es decir, en cosas que vienen a ser una comunidad, y, sin embargo, el partidor las adjudicó como cosas individuales."

Se observa:

Parece, pues, que el cargo consiste en que el partidor adjudicó cosas determinadas y no derechos, que fueron los avaluados, según lo expresaron los peritos y el denunciante de los bienes. Pero es lo cierto que en la relación misma del inventario no se dice que se inventariaban derechos sino las fincas; y el partidor se cifó a esa relación del inventario y al avalúo dado por los peritos, con lo cual no hizo sino dar cumplimiento a lo que establece el artículo 1392 del Código Civil. Así como se expresó en el inventario que lo avaluado eran derechos, ha debido declararse también que eso era lo que quedaba inventariado y no se hizo. Por otra parte, como ya se dijo, si en las fincas inventariadas tienen derecho los reclamantes u otras personas, por títulos distintos de los que se han hecho valer en el presente juicio, tal derecho les queda a salvo. El error que se alega por el recurrente era punto que debió aclararse en la oportunidad debida, pero no para rescindir la partición por quebrantamiento de las disposiciones que cita el recurrente.

En cuanto al cargo de que se dejaron de adjudicar a Abdón Sistiva derechos de los que comprara Daniel Porras a Emperatriz Rincón, se observa que es infundado, porque de autos no aparece título por el cual dicha señora traspasara derechos al causante Daniel Porras, y, por consiguiente, que debieran haberse adjudicado a

Abdón Sistiva como causahabiente del heredero Helder Porras.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de casar, y no casa, la sentencia de fecha veintinueve de octubre de mil novecientos veintiocho, proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Son de cargo del recurrente las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en el órgano de la Corte y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Naninetti—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre quince de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

El señor Bautista Bravo, vecino de Ipiales, Departamento de Nariño, fue casado dos veces, primero con la señora Isabel Mejía, el año de mil ochocientos cincuenta y nueve, y con la señora Rosa Herrera, en enero de mil ochocientos ochenta y uno. Muerta la primera esposa en mil ochocientos setenta y nueve, el señor Bravo contrajo su segundo matrimonio sin haber liquidado la sociedad conyugal ni la sucesión testamentaria de aquella; en mil novecientos dos murió el señor Bravo. En mil novecientos tres se abrió la sucesión testamentaria de Bautista Bravo, y en mil novecientos diez y ocho la de Isabel Mejía. En una y otra sucesión se practicaron y aprobaron inventarios; y como también murió últimamente el segundo cónyuge de Bautista Bravo, los herederos del primer matrimonio de dicho señor han promovido la liquidación de dichas sociedades conyugales y de las respectivas sucesiones. No habiéndose puesto de acuerdo esos herederos, que son los señores Julio, Justo y Clara Bravo y Clodomiro Caldas, en representación de su esposa Juana Bravo, con los herederos del último cónyuge, para el efecto de tales liquidaciones, demandaron a éstos, que son Alcides A., José Francisco y Maximino Pérez, ante el Juez 1º del Circuito de Pasto, para que con su audiencia y como herederos de la señora Rosa Herrera y por haberse subrogado en los derechos de otros de esos herederos, se declare lo siguiente:

"1º La separación de los bienes de la sociedad conyugal Bravo-Mejía, expresados en los inventarios practicados en el juicio sucesional de la señora Isabel Mejía, de los bienes de la sociedad conyugal Bravo-Herrera, con los cuales están confundidos aquéllos por haberlos introducido el señor Bautista Bravo al segundo matrimonio con la señora Herrera.

"2º Que queda a cargo de la sociedad conyugal Bravo-Herrera y a favor de la sucesión de la señora Isabel Mejía, o sus herederos que somos los demandantes, la restitución de los bienes propios de la señora Mejía, aportados al matrimonio con el señor Bravo, y más la mitad de los gananciales que hubo en esa sociedad conyugal.

"3° Que dicha sociedad conyugal Bravo-Herrera debe a la sucesión de la señora Isabel Mejía, o a sus herederos, el valor de los frutos correspondientes a los expresados aportes y gananciales de la señora Mejía, computados al doce por ciento (12 por 100) anual, a contar desde el día en que los demandantes llegamos a la mayor edad.

"4° Que en el pasivo de los inventarios de la sociedad conyugal Bravo-Herrera se incluyan los mentados aportes de la señora Mejía, sus gananciales y el citado valor de los usufructos, como deuda a favor de la herencia de la señora Isabel Mejía, o sea de sus herederos.

"5° Que la sociedad conyugal Bravo-Herrera está obligada a restituir a la sucesión del señor Bautista Bravo, o a sus herederos, los aportes que introdujo al matrimonio con la señora Rosa Herrera, o sean los bienes propios de él, y la mitad de los gananciales que adquirió en la primera sociedad conyugal con la señora Mejía.

"6° Que la misma sociedad conyugal Bravo-Herrera restituya a la señora Rosa Herrera o a los que la han subrogado en sus derechos, que son los demandados, los aportes del matrimonio con el señor Bautista Bravo, inclusive la casa que éste edificó en terreno de ella, pero declarando también que tienen la obligación de compensar o indemnizar a la sociedad conyugal Bravo-Herrera el valor de las expensas empleadas en la edificación; y

"7° Que hechas las anteriores restituciones y correspondientes deducciones, lo que sólo constituye los gananciales de la sociedad conyugal Bravo-Herrera, divisibles en partes iguales, la una para la señora Herrera, o para sus representantes legales, y la otra, para el señor Bautista Bravo, o sea para sus herederos, que somos los demandantes."

Se alegaron estos hechos:

"1° El señor Bautista Bravo fue casado en primeras nupcias con la señora Isabel Mejía.

"2° La señora Mejía aportó al matrimonio la mayor parte del fundo Téquez, adquirido parte por herencia y parte por compra.

"3° El señor Bravo también aportó una pequeña parte en ese fundo por herencia, y lo que compró después fue durante el matrimonio con la señora Mejía.

"4° Durante ese matrimonio adquirieron cinco hijos legítimos, los cuatro que representamos y Mercedes que falleció después de la señora Mejía, nacidos en el orden siguiente: Justo, Mercedes, Clara, Juana y Julio.

"5° El 20 de agosto de 1879 murió abintestato la señora Mejía, dejando a sus cinco nombrados hijos en la menor edad.

"6° El cónyuge sobreviviente señor Bautista Bravo contrajo segundas nupcias con la señora Rosa Herrera el 8 de enero de 1881, sin haber liquidado en forma alguna la primera sociedad conyugal, pues que ni demandó la apertura de la sucesión de la señora Mejía, y menos practicó ninguna clase de inventarios.

"7° Habiendo muerto Mercedes el 26 de junio de 1900, fuimos declarados sus herederos judicialmente, porque en virtud del hecho anterior, el señor Bautista Bravo perdió el derecho de heredarla.

"8° El señor Bautista Bravo introdujo a la sociedad conyugal Bravo-Herrera todo el patrimonio de la primera, es decir, los aportes de la señora Mejía, los de él y todos los gananciales que adquirió con la dicha seño-

ra Mejía; razón por la cual todos los bienes de la sociedad conyugal Bravo-Mejía están confundidos con los bienes de la sociedad Bravo-Herrera.

"9° A nosotros se nos ha debido entregar, cuando llegamos a la mayor edad, y hasta hoy no se nos entregan (sic) los aportes de la señora Mejía y la mitad de los gananciales que adquirió en el matrimonio con el señor Bravo.

"10. Por no haberse hecho esa entrega a la sucesión de la señora Mejía, o a sus herederos, sino que todo introdujo el señor Bravo al matrimonio con la señora Herrera, esta sociedad conyugal debe a la sucesión de la señora Mejía los aportes y los gananciales expresados, con más el valor de los usufructos de esos bienes, que no pueden ser menos del doce por ciento anual, desde que cumplimos la mayor edad, por cuanto la mayor parte de esos bienes consistía en dinero y en mercancías extranjeras;

"11. Dicha sociedad Bravo-Herrera es también deudora de la sucesión del señor Bautista Bravo de los aportes que introdujo éste como bienes propios de él y por razón de los gananciales que adquirió en el anterior matrimonio.

"12. En el inventario judicial de los bienes de la sucesión de la señora Mejía está determinado el patrimonio de la primera sociedad conyugal, que quedó a su muerte, el cual alcanza a la suma de \$ 22,643-80 oro, con los cuales la segunda sociedad Bravo-Herrera trabajó y usufructuó hasta que murió el señor Bravo; suma que nos corresponde exclusivamente a nosotros por ser los únicos herederos de la señora Mejía y del señor Bravo.

"13. En los inventarios de los bienes de la sucesión del señor Bravo no se incluyeron muchos de los bienes a que se refiere el punto anterior; ni en el pasivo de la sociedad Bravo-Herrera se incluyeron las restituciones antes expresadas, ni la deuda que por el valor de los usufructos debe dicha sociedad a la herencia de la señora Mejía.

"14. Los que demandamos somos los herederos del señor Bautista Bravo y de la señora Isabel Mejía, como así se nos ha declarado judicialmente en los respectivos juicios.

"15. Los aportes de la señora Herrera están en poder de la misma señora y de sus herederos, inclusive la casa alta; pero ni la una ni los otros han compensado a la sociedad Bravo-Herrera el valor de las expensas empleado en la edificación.

"16. Por causa del contrato que contiene la escritura número 232 de 25 de noviembre de 1902, que fue declarado resuelto, desde esa fecha la señora Rosa Herrera recibió la suma de \$ 10,420 en plata, del modo siguiente:

"En un crédito contra el señor Rafael H. del Hierro, correspondiente a la sucesión del señor Bautista Bravo.	\$ 4,320
"En la referida casa alta.	4,000
"En el fundo Arrayanes, perteneciente a la herencia de la señora Isabel Mejía, que hoy está avaluado en \$ 2,000.	1,000
"En veinticinco vacas y diez yeguas, de la mortuoria del señor Bravo.	700
"En plata antigua, de la misma mortuoria.	400

"Suma. \$ 10,420

"En suma, no se ha hecho la separación de bienes que demandamos; ni la sociedad conyugal Bravo-Herrera ha verificado las restituciones, ni ha practicado las correspondientes deducciones, ni ha reconocido la deuda por el valor de los usufructos, etc., para que aparezcan los gananciales legítimos y divisibles con justicia y legalidad, entre la señora Herrera y el señor Bravo, o entre los respectivos herederos."

Como fundamentos de derecho alegó el actor las disposiciones de los artículos 180, 291, 292, 823, 1388, 1398, 1781, 1783, inciso 3º; 1895, numeral 3º; 1802, 1829 y demás concordantes del Código Civil.

Notificada esta demanda a los demandados, después de varios incidentes, la contestaron oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas, y en cuanto a los hechos, los contestaron así:

"1º Acepto que D. Bautista Bravo fuera casado con Isabel Mejía.

"2º Ciertamente es que doña Isabel Mejía aportó a su matrimonio con don Bautista Bravo la parte del fundo Teques, que relaciona el testamento de 11 de octubre de 1902.

"3º Es cierto que don Bautista Bravo aportó a ese matrimonio el fundo Teques.

"4º Ciertamente es que don Bautista Bravo tuvo los hijos que relaciona en su testamento.

"5º Ciertamente es que la señora Isabel Mejía murió en 1879 (20 de agosto); pero no es menos cierto que cuando se hizo la declaratoria de herederos de doña Isabel Mejía (autos de 17 de junio de 1918 y 27 de mayo del mismo año), hallábase prescrita la acción de petición de herencia.

"6º El hecho sexto lo acepto en cuanto resulte de la prueba.

"7º Es verdad que Mercedes Bravo murió en 1900, pero es falso que los demandantes sean sus únicos herederos por derecho de representación como lo sostiene el auto de 17 de junio de 1918, dictado en juicio ordinario de simple jurisdicción voluntaria. Cuando murió Mercedes Bravo regía el artículo 1043 del Código Civil, y como el derecho de representación no lo concede la ley a los hermanos, es obvio que don Bautista Bravo es único heredero, máxime cuando ese derecho herencial no le fue disputado desde 1900 hasta el presente, que éste ha poseído esa herencia.

"8º Es cierto que el señor Bautista Bravo aportó a la sociedad conyugal con la señora Rosa Herrera los bienes que menciona su testamento, es decir, los que aportó a la sociedad contraída con doña Isabel Mejía; lo que lucró con ella, o sea su porción de gananciales. No es exacto, por lo mismo, que los bienes de doña Isabel Mejía estén confundidos con los de doña Rosa Herrera.

"9º El hecho noveno lo niego absolutamente, porque es falso. Confiesan los demandantes en el inventario de don Bautista Bravo, que ellos son los tenedores de los bienes de su padre, y éste en su testamento afirma que a sus hijos les ha hecho entrega de lo que le correspondió a su primera esposa doña Isabel Mejía. De aquí concluye que carecen de derecho los demandantes para reclamar de mis representados lo que está en poder de aquéllos.

"10. El hecho décimo lo niego por las razones expuestas en el hecho anterior, y añado que don Bautista Bravo pudo con su legalidad, acrecentar el patrimonio social

de la señora Rosa Herrera con el usufructo de los bienes que pertenecieron a los herederos de doña Isabel Mejía hasta el día en que éstos llegaron a su mayor edad. Caso de probarse que la sociedad Bravo-Herrera hubiera usufructuado esos bienes después de la mayor edad de los herederos de la Mejía, jamás pueden mis representados reconocer el interés del doce por ciento que menciona este hecho.

"11. Lo que se menciona como hecho en este aparte es una repetición inconducente y lo niego, porque los demandantes y principalmente don Julio Bravo, son los tenedores y únicos usufructuarios de los bienes que constituyeron las sociedades Bravo-Mejía y Bravo-Herrera, así como también la herencia de don Bautista Bravo.

"12. Es falso el hecho marcado con este número, pues que el inventario de 1918, formado *ad hoc* (sic) para ciertos fines, ni funda ni quita derechos. En ese inventario, hecho caprichosamente, se han avaluado bienes supuestos, como son unos ganados, unas mercaderías, el fundo Arrayanes, y ciertos muebles cuya propiedad no se ha comprobado. En una palabra, niego que el inventario de 1918, que monta a la suma de \$ 22,643-80 oro, sea válido contra mis representados que jamás tuvieron intervención en él. Para la liquidación de la sociedad Bravo-Mejía el único dato firme es el testamento de don Bautista Bravo, el inventario que se hizo de sus bienes y las confesiones de los herederos que constan en ese mismo inventario.

"13. Es falso que en los inventarios de don Bautista Bravo no se hayan incluido todos sus bienes; pero es cierto que en el pasivo de dichos inventarios hecho con la intervención de los demandantes, no se incluyeron deudas por restituciones a la primera sociedad conyugal, ni por frutos, porque los demandantes no hicieron reclamo alguno al respecto, sin duda porque en ese entonces vieron que se les reconocía la plenitud de sus derechos. Al presente la acción para incluir deudas en el pasivo del inventario de don Bautista Bravo se halla prescrita, desde que arranca del año de 1879 y sólo pudo ejercerse en la forma prevenida por el artículo 1271 del Código Judicial.

"14. Los demandantes son a la verdad herederos de don Bautista Bravo y de doña Isabel Mejía; pero la señora Rosa Herrera, puesto que no tuvo hijos, es heredera del mismo señor Bautista Bravo, y es dueña, además, de sus gananciales.

"15. Este hecho lo niego, por ser falso que se haya entregado a la señora Rosa Herrera todo lo que le corresponde por sus aportes y gananciales. Por el contrario, los demandantes son hasta ahora los que manejan la mayor parte de los bienes sucesionales de don Bautista Bravo.

"16. Este hecho lo acepto en cuanto se comprueba, sólo con la advertencia de que aquí afirman los demandantes de que el fundo Arrayanes, materia de las restituciones pedidas, fue entregado a la señora Rosa Herrera con plena legalidad.

"17. Niego esto que califica de hecho la parte actora, porque allí se hace una recapitulación de lo que ya queda analizado."

En el mismo escrito alegaron los demandados las excepciones de prescripción, compensación, falta de derecho para demandar y la que resulta del hecho "de ser los demandantes los obligados a hacer las restituciones."

Al mismo tiempo y en escrito separado, los demandados propusieron por medio de su apoderado demanda de reconvencción contra Julio Bravo para que se hicieran las declaraciones siguientes:

"1° Que Julio Bravo, en calidad de albacea testamentario de don Bautista Bravo, está obligado a entregar con sus frutos naturales y civiles, a la señora Rosa Herrera, o sea a los señores Alcides A., Francisco y Maximino Pérez, subrogados en los derechos de aquella señora, todos los bienes que ella aportó al matrimonio contraído con el señor Bautista Bravo, entre cuyos bienes enumeró la suma de \$ 500 sencillos, mencionada en la cláusula novena del testamento de don Bautista Bravo; el dinero mencionado en la cláusula doce del mismo testamento; el valor de los semovientes a que se refiere la cláusula trece, y el valor de los diversos créditos que se mencionan en los inventarios de don Bautista Bravo, incluyendo en ellos el valor de sus almacenes y depósitos en el Exterior.

"2° Que el mismo Julio Bravo debe entregar a sus mandantes como subrogados en los derechos de la señora Rosa Herrera, la suma de catorce mil pesos (\$ 14,000) oro americano, reconocidos como crédito en los inventarios de don Bautista Bravo, con los intereses legales desde la época de la muerte del causante y con la consiguiente capitalización que se acostumbre en el comercio. Este capital y la existencia de los almacenes monta a más de cien mil pesos (\$ 100,000).

"3° Que se le condene a pagar los frutos de lo que corresponde a la señora Rosa Herrera en sus aportes y gananciales, según la cláusula catorce del referido testamento, a partir de la época en que murió el testador, tomando el inventario que se formó de don Bautista Bravo."

La contrademanda se fundó en estos hechos:

"1° El señor Bautista Bravo murió el 13 de octubre de 1902.

"2° Testó y dejó como albacea al señor Julio Bravo con tenencia de bienes.

"3° Julio Bravo declara en los inventarios ser él quien recibió los almacenes de don Bautista Bravo, quien cobró sus créditos activos; quien maneja y manejó todo el haber de don Bautista Bravo.

"4° El patrimonio de don Bautista Bravo estaba en el giro ordinario de un comercio activo, y por lo mismo debía fructificar, según las costumbres mercantiles, no para su propio provecho sino también para todos los demás herederos de don Bautista Bravo y para la cónyuge sobreviviente doña Rosa Herrera."

El contrademandado se opuso a que se hicieran las declaraciones contra él pedidas. En cuanto a los hechos, aceptó el primero y el segundo en parte, y negó los demás. Propuso las excepciones de carencia de acción, petición antes de tiempo y modo indebido; transacción o pacto de no pedir, y prescripción de las acciones."

En sentencia de quince de febrero de mil novecientos veintiocho, el Juez falló en estos términos:

....1° Improcedente la acción de separación de bienes propuesta por los señores Julio, Justo y Clara Bravo, por sus propios derechos, y Clodomiro Caldas, en representación de su esposa Juana Bravo; y por lo mis-

mo no es el caso de hacer las declaraciones pedidas en contra de los demandados José Francisco, Maximino y Alcides A. Pérez.

"2° Improcedente también la demanda de reconvencción propuesta por el apoderado de los demandados contra Julio Bravo y sin lugar a hacer las declaraciones im- petradas en aquella demanda.

"Condénase en costas a los señores Julio, Justo y Clara Bravo y a Clodomiro Caldas, como representante de su esposa Juana Bravo, estimándose las agencias en derecho de parte de los señores José Francisco, Maximino y Alcides A. Pérez, en la suma de dos mil quinientos pesos (\$ 2,500) oro legal, debiendo el señor Secretario tasar las que a él le incumben."

Contra este fallo interpusieron apelación los demandantes únicamente. Previa la respectiva instancia, el Tribunal, por sentencia de diez y ocho de diciembre de mil novecientos veintinueve, decidió el recurso así:

".... reforma la sentencia de primera instancia para declarar que es procedente la separación de los bienes de las sociedades conyugales Bravo-Mejía y Bravo-Herrera; y, en consecuencia, dispone que se separen los bienes de la sociedad Bravo-Mejía, expresados en los inventarios judiciales practicados en el juicio sucesional de la señora Isabel Mejía, de los bienes de la sociedad conyugal Bravo-Herrera, en los cuales están confundidos aquéllos por haberlos introducido el señor Bautista Bravo al segundo matrimonio con la señora Rosa Herrera. La reforma también para disponer que no hay costas en la primera instancia. Y la confirma en todo lo demás que ha sido materia de la apelación. No hay costas en esta instancia. Tómense las copias del caso para averiguar la responsabilidad en que hubiere incurrido el Notario que certificó la inexistencia del testamento de la señora Isabel Mejía."

Los demandantes interpusieron recurso de casación contra esta sentencia, el cual es admisible y se pasa a estudiar.

Ante el Tribunal el apoderado de los recurrentes alegó las causales primera y segunda de las enumeradas en el artículo 2° de la Ley 169 de 1896. Ante la Corte el recurso se limitó a la causal primera.

Respecto de la segunda causal arguye el primer recurrente que "entablada y admitida la demanda contra los herederos de Rosa Herrera, carácter que admitieron, y propuestas las acciones que consagran los artículos 1820 a 1823 del Código Civil, especialmente las determinadas por los artículos 1826 a 1829, por obra del artículo 1836, la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandada (sic), por haberse dejado de resolver sobre los puntos 2° a 7° de la demanda o controversia."

Se responde:

El cargo es infundado, porque además de que el Tribunal consideró expresamente los puntos 2° a 7° de la demanda, la sentencia en esa parte fue absolutoria, luego comprendió dichas peticiones.

Causal primera.

Ambos recurrentes sostienen que la sentencia es violatoria de ley sustantiva. El primero por violación directa de los artículos 1820 a 1829 y 1836 del Código Civil,

de modo general, y especialmente de los artículos primeramente citados y por mala interpretación de la demanda.

El segundo por error de hecho en la interpretación de la demanda.

La Corte considera en primer término la segunda demanda de casación. En ésta se hacen a la sentencia varios cargos:

Primer cargo.

Violación de los artículos 1826, 1821, 1832, 1343, 1393, 1398 y 1830 del Código Civil, por error evidente de hecho en la interpretación de la demanda por parte del Tribunal.

Este cargo se refiere a los siguientes conceptos del Tribunal en que se fundó la negativa de las peticiones 2ª, 3ª, 4ª, 6ª y 7ª de la demanda principal:

"Se ha pedido que se declare que queda a cargo de la sociedad conyugal Bravo-Herrera la restitución de ciertos bienes. Esto quiere decir que la justicia debe declarar esa obligación, no contra los representantes de la sucesión de Rosa Herrera, sino contra una sociedad conyugal ya extinguida al tiempo de hacerse la petición.... En el caso que se estudia, la muerte de don Bautista Bravo disolvió su matrimonio con la señora Rosa Herrera, y, como consecuencia, disolvió también la sociedad conyugal. Y así como salta en forma muy clara que no hay quien continúe ese matrimonio disuelto, extinguido, ni quien lo represente, debería saltar la consecuencia de que no hay quien continúe ni represente esa sociedad conyugal.

"Disuelta ella por la muerte de uno de los cónyuges, queda sin representante esa sociedad, que no existe más, que por lo mismo ya no es capaz de derechos y obligaciones.

"Contra esto se objetará que esta tesis lleva a la conclusión de que disuelta una sociedad conyugal no habría acción contra nadie para hacer efectivas las obligaciones de dicha sociedad. A lo cual se responde que no debe confundirse la inexistencia de acciones para obtener declaraciones contra una sociedad conyugal disuelta, con la existencia de acciones para hacer efectivas las obligaciones de dicha sociedad mediante declaraciones en contra de quienes representen los bienes que habiendo sido de dicha sociedad, estén siempre afectos al cumplimiento de tales obligaciones; tales representantes no son otros que los asignatarios del cónyuge o cónyuges fallecidos. Ya queda dicho cómo la representación de este patrimonio sucesional es distinta de la imposible representación de una sociedad conyugal disuelta....

"También podría objetarse, en este punto, que, en el caso de estudio, la demanda ha sido dirigida, no contra la sociedad conyugal disuelta, sino contra los herederos del cónyuge supérstite; pero se advierte que la improcedencia de la acción se le encuentra, no en relación con los demandados, sino en relación con la identidad (entidad, debió decirse) contra quien debe hacerse la declaración pedida. No es que la acción haya sido mal dirigida, sino que la petición se ha hecho contra quien no debía hacerse, se equivocó (se ha equivocado, debió decirse), pues, la forma de pedir, y por ello no puede prosperar el pedimento."

Sostiene el recurrente que, el error de hecho en que incurrió el Tribunal en los pasos transcritos, es evidente,

por motivos que desarrolla así: "...porque en la demanda se pidió que se hicieran las declaraciones de que ella trata, contra los señores Alcides A., José Francisco y Maximino Pérez, 'por ser herederos de la señora Rosa Herrera, y por haberse subrogado en los derechos de otros de esos herederos,' lo cual indica que los demandados son tales señores y que no es exacto lo que la petición quiere decir, ni lo expresado en ella; allí se pidió que las declaraciones se hicieran contra los demandados en referencia, no contra la sociedad disuelta, y lo demandado fue que se decidiera el estar obligada ésta, que es una comunidad, representada por los herederos de cada uno de los cónyuges, a ciertas indemnizaciones y restituciones; el deber anotarse como pasivo de la sociedad conyugal Bravo-Herrera, en los inventarios de los bienes que ésta usufructuó, o de que era responsable, el valor de tales indemnizaciones y restituciones. El Tribunal confundió, pues—continúa el recurrente—el objeto de la demanda con el sujeto de la misma, lo que lo llevó a violar, por no haberlos aplicado, los artículos antes enumerados."

Se considera:

El Tribunal reconoce que la acción está bien dirigida, ya que el juicio—dice—se ha promovido "contra los herederos de la señora Rosa Herrera"; pero halló como inconveniente insuperable a su juicio, para no entrar a hacer las declaraciones demandadas, el hecho de exigirse éstas de una sociedad conyugal que, por estar disuelta, no existe, ni puede ser objeto de condenaciones, ni capaz de derechos y obligaciones.

A lo cual se observa que estando como están dirigidas las acciones contra los herederos demandados, hay error de hecho evidente en el sentenciador al decir que las declaraciones no se piden contra ellos sino contra la sociedad disuelta, porque si tales herederos son demandados, al prosperar las acciones tienen que ser condenados, aunque no se dijera expresamente. Ahora, como se les demanda en el carácter de herederos de la señora Rosa Herrera, es decir, del comunero que, con los demandantes representa la sociedad disuelta, o sea a esta comunidad de bienes, las condenaciones que se hagan perjudican a dicha comunidad. De ahí que se pida se reconozca que la sociedad conyugal disuelta Bravo-Herrera, que es una comunidad, queda obligada a ciertas prestaciones o restituciones en cabeza de quienes, por lo que hace a Rosa Herrera, representan a dicha comunidad de bienes. Se trata, pues, del caso en que el Tribunal reconoce que existe acción para hacer efectivas las obligaciones de una sociedad disuelta, mediante declaraciones en contra de quienes representan los bienes que habiendo sido de dicha sociedad, o que los manejó y usufructuó, no siendo suyos, están afectos al cumplimiento de sus obligaciones. Si los demandados no representaran a la señora Rosa Herrera, comunera en la sociedad conyugal Bravo-Herrera, ni se hubiera disuelto esta sociedad, habría razón en la tesis del Tribunal; pero habiendo, como hay, la prueba de esos dos hechos, la representan en la comunidad que ha surgido por la disolución de la sociedad conyugal, proveniente del matrimonio de dicha señora con Bautista Bravo. La Corte ha declarado que la sociedad conyugal una vez disuelta degenera en una comunidad, a la cual representan en caso de muerte de uno de los cónyuges o de ambos, el sobreviviente y los herederos del otro, según el caso... y que no por que la sociedad con-

yugal se disuelva se extinguen sus derechos y obligaciones, y que por tanto, para ejercitar los unos y cumplir las otras, tiene que subsistir la sociedad en liquidación, y con este carácter pueden los herederos de uno de los cónyuges y el sobreviviente, o los de ambos, reivindicar lo perteneciente a la misma sociedad. (Gaceta Judicial, número 1495).

No expresaron los demandantes que se hicieran las declaraciones que piden contra la sociedad conyugal Bravo-Herrera, como comunidad, pero no puede entenderse de otro modo la demanda, porque ellos procedieron a entablarla sobre el hecho comprobado y no negado por las partes, de estar disuelta esa sociedad; luego es lógico deducir que el pensamiento racional y claro de aquéllos fue el de pedir que se hicieran ciertos reconocimientos contra la comunidad en que ha quedado convertida la sociedad conyugal Bravo-Herrera por su disolución y representada en cuanto a la comunera Rosa Herrera por sus herederos.

Es cierto que no debe confundirse la representación de la sucesión de Rosa Herrera con la representación de la sociedad conyugal Bravo-Herrera, o sea, de esta comunidad; pero como Rosa Herrera, o su sucesión, es comunera, los herederos de ésta tienen en el caso, además de la representación de esa sucesión, la de la comunidad Bravo-Herrera, o sociedad conyugal disuelta con los herederos de los otros dos cónyuges o coparticipes, o sea, los demandantes, por eso se ha dirigido la demanda contra los herederos de la señora Herrera.

Aparece, pues, acreditado el error de hecho evidente en que incurrió el Tribunal en la interpretación de la demanda.

La parte opositora alega que si el Tribunal incurrió en ese error de hecho al entender que la demanda está dirigida contra una sociedad que no existe y por ello no se podían hacer declaraciones contra ella, tal error escapa a la censura de la Corte porque en esta clase de apreciaciones el Tribunal es soberano. A esto se observa que las apreciaciones del sentenciador no pueden revisarse por la Corte cuando no impliquen error evidente de hecho, pero no cuando se haya incurrido en este error de modo manifiesto, como es el caso.

Hay pues que ver si por consecuencia de tal error el Tribunal violó las disposiciones que cita el recurrente, al no aplicarlas, para lo cual es preciso estudiar si son procedentes las declaraciones demandadas.

En los puntos 2º y 5º de la demanda se pidió:

"2º Que queda a cargo de la sociedad conyugal Bravo-Herrera y a favor de la sucesión de la señora Isabel Mejía, o sus herederos, que somos los demandantes, la restitución de los bienes propios de la señora Mejía, aportados al matrimonio con el señor Bravo, y más la mitad de los gananciales que hubo en esta sociedad.

"5º Que la sociedad conyugal Bravo-Herrera está obligada a restituir a la sucesión del señor Bautista Bravo o a sus herederos, los aportes que introdujo al matrimonio con la señora Rosa Herrera, o sean los bienes propios de él y la mitad de los gananciales que adquirió en la primera sociedad conyugal con la señora Mejía."

Para negar estas peticiones el Tribunal tuvo en cuenta además de las consideraciones que se analizaron al estudiar el error de hecho, la de que el fundamento de ellas era "inestable." En efecto, dice el Tribunal:

"Como fundamento de la obligación de restituir que se pretende obtener de la sociedad conyugal, se indica el hecho de que el jefe de esa sociedad llevó a ella como aporte los bienes sucesionales de su primera mujer. Pero conforme a lo que taxativamente fija como bienes aportables al haber social del matrimonio, el Código Civil, en su Capítulo 2º del Título 22 del Libro IV, no se encuentra la posibilidad de aportar tales bienes. Por manera que esos bienes pertenecientes a una sucesión ilíquida, no han podido legalmente entrar, como aporte del nuevo haber social. Ellos pudieron de hecho seguir siendo manejados por el señor Bautista Bravo, que se dice los retuvo consigo, durante la nueva sociedad, pero sin que legalmente pudieran considerarse como aportados al último matrimonio."

Arguye el recurrente que estos conceptos son erróneos y violan en primer término el artículo 1826 del Código Civil, que da derecho a cada cónyuge por sí o por sus herederos para sacar de la masa de bienes las especies o cuerpos ciertos que le pertenecen, lo mismo que los precios, saldos y recompensas que constituyen el resto de su haber, porque precisamente—continúa el autor del recurso—por no haber entrado a ser propiedad de la sociedad conyugal Bravo-Herrera lo perteneciente a la sucesión de la señora Isabel Mejía, por no ser el matrimonio título traslativo de dominio de los derechos de terceros, como son en este caso los herederos de la señora Mejía, es por lo que hay necesidad no solamente de hacer la separación de patrimonios de que trata el artículo 1398 del Código Civil, sino también las restituciones del caso, y como medida previa, la inclusión en el pasivo de los inventarios de tales bienes—inventarios en que pueden intervenir los herederos de la señora Mejía, por ser ellos herederos del señor Bravo, y por cuanto hay que hacer la indicada separación de patrimonios—de lo que administraba y usufructuaba el señor Bravo, como padre de sus menores hijos, o perteneciente a él por razón de su aporte al matrimonio, o de gananciales habidos durante la sociedad conyugal Bravo-Herrera. Que del argumento invocado por el Tribunal sólo se deduce que la sociedad conyugal Bravo-Herrera está obligada a restituir lo perteneciente a la sucesión de la señora Isabel Mejía, desde luego que respecto de terceros el patrimonio de la sociedad se confunde con el patrimonio del marido, por lo cual ella está obligada a pagar a los herederos de Isabel Mejía lo que don Bautista Bravo debió entregarles al ir llegando a la mayoría, y porque en lo tocante a lo demás, a la sucesión del señor Bravo, le corresponde lo que le pertenecía cuando éste casó en segundas nupcias."

Se observa:

Es fundado el cargo por estos motivos:

1º Porque los demandantes son herederos tanto de Isabel Mejía como de Bautista Bravo, luego conforme al artículo 1826 citado por el recurrente, pueden ejercitar dichos herederos los derechos que los expresados cónyuges tenían para retirar de la masa de bienes las especies o cuerpos ciertos que aportaron, la primera, al matrimonio con Bautista Bravo, y éste las que aportó al matrimonio con Rosa Herrera.

2º Porque si bien el numeral 2º del artículo 1826 del Código Civil dice que la restitución de esas especies ha de hacerse en determinado tiempo, y en parte por este motivo declaró el Tribunal improcedentes las peticiones

segunda y quinta del libelo de demanda, en éstas no se trata del tiempo en que deban llevarse a cabo tales restituciones, sino de sentar bases para la liquidación de la sociedad conyugal disuelta Bravo-Herrera, que fue la última.

Otro tanto ocurre respecto de la parte de gananciales que corresponde a la sucesión de Isabel Mejía en su matrimonio con Bautista Bravo y a la de éste en el matrimonio con Rosa Herrera, que son materia también de las peticiones 2ª y 5ª de la demanda principal, porque este derecho lo reconoce el artículo 1826 antes citado, al cónyuge o a sus herederos, no a la sociedad, cuando dice que aquél o éstos tienen derecho a retirar de la masa las especies o cuerpos ciertos, lo mismo que los precios, saldos y recompensas que constituyen el resto de su haber. Ahora, si ese retiro se hace de la masa de bienes, en este caso es de la comunidad o sociedad conyugal disuelta Bravo-Herrera, porque los gananciales de la sucesión de Isabel Mejía no se retiraron antes de formarse la sociedad Bravo-Herrera, sino que los siguió usufructuando esta sociedad, por confesión que hizo Bautista Bravo en su testamento; y en cuanto a la parte de gananciales de este último a la sociedad Bravo-Herrera, también tienen derecho los demandantes por ser herederos, no sólo de Isabel Mejía sino de Bautista Bravo, y esa parte de gananciales se halla en la masa de bienes de la sociedad ilíquida Bravo-Herrera. De modo que al no aplicar el Tribunal el artículo 1826 del Código Civil para la restitución de las especies en esas dos sucesiones y de la parte de gananciales que a ellas o a sus herederos corresponden, violó el artículo que se acaba de citar, y en esos puntos es casable la sentencia.

Señala el recurrente como disposiciones violadas también por el Tribunal a consecuencia del error de hecho en que incurrió, por no haberlas aplicado, las de los artículos 1821, 1832, 1343, 1393 y 1494 del Código Civil, en cuanto la primera dispone que disuelta la sociedad conyugal se procederá inmediatamente a la formación de un inventario y tasación de todos los bienes que usufrutuaba, o de que era responsable, siguiendo las reglas establecidas para la sucesión por causa de muerte; la segunda, que la división de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios; los artículos 1343 y 1393, en cuanto prescriben que al hacerse esa división se ha de formar un lote o hijuela para pagar las deudas conocidas; y el artículo 1394 que se debe liquidar lo que a cada uno de los asignatarios se deba.

Arguye el recurrente que si se hubieran aplicado por el Tribunal las disposiciones anteriores (y no las hubiera violado dejándolas de aplicar), habría decretado la petición cuarta de la demanda principal, por lo menos respecto de los aportes del señor Bautista Bravo (de la señora Isabel Mejía, debió decirse) al matrimonio con Bautista Bravo, pues que en dicho punto se pidió que en el pasivo del inventario de la sociedad conyugal Bravo-Herrera se incluyan los aportes de la señora Mejía y el valor de los usufructos de los mismos bienes, como deuda a favor de la herencia de dicha señora, o sea de sus herederos.

En parte es fundado el cargo, en cuanto el Tribunal dejó de aplicar las cuatro disposiciones que se acaban de citar, porque si de conformidad con ellas al procederse a la liquidación y partición de los bienes de una socie-

dad conyugal disuelta se aplican las reglas establecidas para la partición de los bienes hereditarios, una de las cuales reglas es la de que se forme un lote o hijuela para el pago de las deudas conocidas, hay que formar esa hijuela al liquidar la sociedad conyugal Bravo-Herrera, para el pago de las especies o cuerpos ciertos que aportara Isabel Mejía a su matrimonio con Bautista Bravo y los de éste al matrimonio con Rosa Herrera, que no existan al tiempo de la liquidación de las dos sociedades conyugales citadas, porque caso de no existir esos bienes, los herederos de Isabel Mejía y Bautista Bravo tienen un crédito contra la sociedad conyugal Bravo-Herrera, por no haberlos liquidado y entregado Bautista Bravo antes de su nuevo matrimonio con Rosa Herrera y haberlos manejado este último matrimonio por lo menos durante algún tiempo. Al no aplicar el Tribunal las disposiciones anteriores y dejar por ello de hacer la declaración cuarta de la demanda en lo que se refiere a los aportes de Isabel Mejía y sus gananciales en su matrimonio con Bautista Bravo, violó dichas disposiciones.

Otro tanto ocurre respecto de los frutos demandados de los aportes de Isabel Mejía, desde que los demandantes llegaron cada uno a la mayor edad y de que tratan las peticiones tercera y cuarta de la demanda, porque, en cuanto tales aportes produjeran frutos, éstos, como accesorios, pertenecen al dueño de aquéllos y deben reconocerse en lo que se hayan comprobado. No sucede lo mismo respecto de frutos de gananciales que correspondieran a Isabel Mejía, porque esos frutos, conforme al inciso 2º del artículo 1828 del Código Civil, acrecen al haber social, es decir, al haber de la sociedad conyugal ilíquida Bravo-Mejía y por lo mismo debieron pedirse para esta sociedad ilíquida y así no lo hicieron los demandantes.

Por no haberla aplicado y dejar por ello de hacer la declaración quinta, considera el recurrente que el Tribunal violó igualmente la disposición del artículo 1398 del Código Civil, según la cual "si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes pertenecientes a otras personas; por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas, se procederá, en primer término, a la separación de patrimonios, dividiendo las especies comunes, según las reglas generales." Y en la disuelta sociedad Bravo-Herrera están los aportes de Bautista Bravo, lo mismo que sus gananciales.

Se considera:

Si conforme a esta disposición, como medio de hacer la separación de patrimonios, hay que dividir las especies comunes, cuando aparecen tales, o sea las que pertenecen al haber social y que corresponden por mitad a los cónyuges, como ocurre en este caso con los gananciales de Isabel Mejía y de Bautista Bravo, por los bienes que estos cónyuges aparece adquirieron durante su matrimonio, lo mismo que los gananciales de Bautista Bravo en la sociedad conyugal habida en su matrimonio con Rosa Herrera, no se ve cómo no obstante reconocer el Tribunal la procedencia de la acción sobre separación de patrimonios, diga que no procede la separación de los aportes de dichos cónyuges y la división de las especies comunes que constituyen los bienes sociales o gananciales en las sociedades conyugales Bravo-Mejía y Bravo-Herrera. Al no aplicar, pues, el Tribunal para esos efectos el artículo 1398 del Código Civil y dejar por ello de hacer

la separación y reconocimiento de que trata la petición quinta, violó también el artículo citado.

Considera el recurrente que el Tribunal violó también la misma disposición no aplicándola y dejando por ello de hacer las declaraciones sexta y séptima de la demanda, que dicen:

"Sexta. Que la sociedad conyugal Bravo-Herrera restituya a la señora Rosa Herrera, o a los que la representan, que son los demandados, los aportes de Rosa Herrera al matrimonio con Bautista Bravo, inclusive la casa alta que éste edificó en terreno de dicha señora, pero declarando también que tienen la obligación de compensar o indemnizar a la sociedad Bravo-Herrera el valor de las expensas empleadas en la edificación."

Respecto de esta declaración dijo el Tribunal que no era el caso de hacerla, porque, aparte de las razones que expuso para no estimar procedentes declaraciones contra una sociedad que no existe, había la de que los demandantes no tienen personería para pedir en nombre de Rosa Herrera, a quien representan hoy los demandados. A esto observa el recurrente que tal concepto implica un error evidente del Tribunal y prueba que no entendió la petición, pues que ella sólo tiene por objeto fijar una de las bases de la partición de los bienes que usufructuaba y de que era responsable la sociedad conyugal disuelta Bravo-Herrera; que al no reconocerlo así el Tribunal, incurrió en evidente error de hecho en la interpretación de la demanda y con ello violó los artículos 1826 y 1398 del Código Civil, dejándolos de aplicar, porque el primero da derecho, como se ha visto, a cada cónyuge, para retirar por sí o por medio de sus herederos, lo que le pertenezca; y el segundo, en cuanto para proceder a la partición de los bienes de una sucesión hay que empezar por separar los que pertenezcan a otras personas, que es el único objeto de la petición sexta.

Se considera:

Aunque el término restitución empleado en esa petición no era el adecuado para el caso, se ve claramente que el propósito de los demandantes no fue otro que el de pedir allí que se reconocieran a Rosa Herrera sus aportes o bienes propios que introdujo a su matrimonio con Bautista Bravo, inclusive la casa alta edificada en terreno de dicha señora durante la misma sociedad, acción que en realidad no es exclusiva de los demandados, sino común a todos los interesados, en la liquidación y partición de las sucesiones ilíquidas y sociedades conyugales disueltas de que se trata, porque no hay que perder de vista que esos son juicios dobles. Tal acción y reconocimiento claramente se encaminan a separar el patrimonio propio de Rosa Herrera o de sus herederos del de los demás interesados en los juicios materia de la controversia, separación ordenada por razón de la petición primera del libelo de demanda, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1398 del Código Civil. De modo que si se negara tal petición se contrariaría lo allí reconocido y ejecutoriado. Ahora, por lo que hace a la segunda parte de la declaración sexta, también es procedente, porque los demandantes pueden pedir para la sociedad conyugal disuelta o comunidad, como copartícipes en ella y para efectos de la liquidación de la misma comunidad. Al no aplicar en ese punto el Tribunal los artículos 1826 y 1398 del Código Civil y hacer la declaración sexta, los violó.

La petición séptima está concebida así:

"Que hechas las anteriores restituciones y correspondientes deducciones, lo que sobre constituye los gananciales de la sociedad conyugal Bravo-Herrera, divisible en partes iguales: la una, para la señora Rosa Herrera, o para sus representantes legales, y la otra, para el señor Bautista Bravo, o sea para sus herederos que somos los demandantes."

El Tribunal negó esa petición por haberla considerado como consecencial de las anteriores que negó.

Con fundamento en las mismas consideraciones en que acusa la negativa de la declaración sexta, el recurrente ataca la sentencia en esa parte, como violatoria de la disposición del artículo 1830 del Código Civil, por no haberlo aplicado el Tribunal.

La Corte observa que es igualmente fundado el cargo, porque esta disposición establece que "ejecutadas las anteriores deducciones (las que hace la mujer y el marido), el residuo se dividirá por mitad entre los dos cónyuges."

Como consecuencia de todo lo anterior, debe casarse la sentencia materia del recurso, sin necesidad de estudiar los otros cargos alegados.

Para el fallo de instancia se considera:

Ya queda dicho porqué son procedentes las declaraciones segunda, quinta, sexta y séptima, en su totalidad, y tercera y cuarta en su mayor parte. A las restituciones demandadas en los puntos segundo y quinto se oponen los demandados y alegaron las excepciones de petición de un modo indebido y prescripción extintiva. Lo primero, porque dicen que en esas restituciones para las sucesiones de Isabel Mejía y de Bautista Bravo no se especificaron los bienes materia de la restitución; porque habiéndose deferido la herencia de Isabel Mejía desde el año de 1879, y no habiendo reclamado sus hijos, que son los demandantes, esa herencia, su acción está prescrita.

A lo primero se observa que siendo la acción instaurada por los actores de petición de herencia propiamente, no era necesaria la especificación de los bienes, conforme al artículo 286 del Código Judicial. Respecto de la excepción de prescripción, dijo el Tribunal lo siguiente, que la Corte acoge en lo sustancial por ser jurídico y acorde con la jurisprudencia por ella establecida con algunas restricciones:

"Es de derecho el principio que establece la imposibilidad de prescribir entre comuneros. En tratándose de una sucesión ilíquida hay una comunidad herencial entre todos los que tienen derecho a esa herencia, que no se termina sino por la adjudicación de las parcelas herenciales. En esa comunidad entran los herederos y también el cónyuge sobreviviente, cuando lo hubiere, en calidad de asignatario. Si esto es así, como lo es en verdad, es claro que a la muerte de Isabel Mejía, y mientras su sucesión ha permanecido ilíquida, ha venido existiendo una comunidad entre los asignatarios de esa sucesión, que fueron los hijos legítimos y el cónyuge sobreviviente."

"Ahora bien, cuando éste formó un nuevo hogar, esta nueva sociedad conyugal, de la cual era su representante y jefe el comunero, no adquirió para el haber social los derechos de tal comunidad; ellos quedaron en

cabeza del jefe de esa sociedad. La primitiva comunidad herencial no se cambió ni dejó de existir; en lugar de constituirla los hijos y el cónyuge supérstite, la constituyen esos mismos hijos y el jefe de la nueva sociedad conyugal. Muerto éste y disuelta la última sociedad conyugal, se formó otra nueva comunidad, herencia a la cual se traspasaron los derechos que tuvo el causante. La primitiva comunidad sufrió una transformación, pero no se extinguió: en lugar de estar como antes, formada por los hijos y el jefe de la nueva sociedad conyugal, la formaron esos mismos hijos y los asignatarios del cónyuge muerto continuadores de su persona, representantes del haber conyugal, mientras no se liquide la nueva sucesión. Y como ésta no ha sido liquidada, ni la primitiva de Isabel Mejía, en que figuró don Bautista Bravo, es claro concluir que los señores Bravos y Pérez, representantes de la última sucesión, se encuentran en comunidad herencial, ya por los derechos de don Bautista Bravo en la sucesión de la señora Mejía, ya por los derechos de la señora Rosa Herrera en la sucesión de don Bautista Bravo. Existiendo la comunidad sucesional entre Bravos y Pérez, es evidente que éstos no pueden alegar prescripción sobre los derechos procedentes de tal sucesión; y es evidente, por lo mismo que, aun habiendo podido prescribirse, como queda indicado, la acción de petición de herencia o reivindicación en los Bravos, contra terceros, tal prescripción no puede ser alegada por los otros comuneros. Y aun suponiendo que pudiera ser alegada esa prescripción, se tendría que ella hubiera sido interrumpida por la declaración testamentaria de don Bautista Bravo, ya que tal declaración contenida en la cláusula 8ª de su testamento, está reconociendo el derecho a los Bravos para pedir la herencia de su madre; reconocimiento que implica la inexistencia del *animus domine* (sic), condición indispensable para que se verifiquen las prescripciones adquisitivas. Además, hay otro reconocimiento de los derechos de los Bravos y es el que hizo la señora Rosa Herrera, a celebrar la transacción entre ella y aquéllos, escritura número 232. El hecho de que ese contrato haya sido resuelto por la justicia, no impide que valga como prueba del reconocimiento expreso que tal pieza contiene en favor de los demandantes."

Alegaron también los demandados como defensa el hecho de ser los demandantes los obligados a hacer las restituciones pedidas como representantes de Bautista Bravo.

Esta objeción sería fundada si los demandados no tuvieran nada que ver con el cónyuge comunero Rosa Herrera; pero como son herederos de dicha señora y como a tales se les ha demandado, responden de las obligaciones que la sociedad ilíquida Bravo-Herrera o comunidad de que hizo parte Rosa Herrera, contrajo de devolver a los herederos de Isabel Mejía sus aportes y los gananciales habidos en el matrimonio Bravo-Mejía y que la sociedad conyugal Bravo-Herrera o comunidad manejó y no entregó oportunamente a dichos herederos, que es de lo que se trata con las declaraciones que en abstracto se demandan, o sea de fijar al partidor reglas para la liquidación y adjudicación de esos patrimonios.

Respecto de los frutos que se demandan en el punto tercero de la demanda, ya se dijo que sólo son procedentes los de los aportes de Isabel Mejía pero no los frutos de los gananciales de la misma. ¿A qué tasa deben computarse? Los demandantes piden que sea a la tasa del doce por ciento anual. La Corte observa que no puede

ser a dicha tasa, que es la que en su mayor parte fijan los peritos avaluadores en el juicio, porque, ni había estipulación de reconocerlos en esa cuantía, ni puede tomarse como base para fijarlos el valor de los bienes de cada uno de los asignatarios demandantes, sino lo que realmente hubieran producido los bienes o aportes, atendida su naturaleza y capacidad fructuaria y deducidos los gastos invertidos en su producción, lo cual pudo hacerse en juicio sumario separado, sin perjuicio de la vía ordinaria.

En el punto cuarto se demanda, como se ha visto, que en el pasivo de los inventarios de la sociedad Bravo-Herrera se incluyan los aportes de la señora Isabel Mejía, sus gananciales y los frutos de unos y otros.

Ya se dijo que la petición es procedente, pero respecto de los aportes, de los gananciales de dicha señora y de los frutos de los aportes únicamente, siempre que no existan dichos aportes y que no puedan separarse o retirarse al hacer la liquidación. En cuanto a la cuantía a que deben incluirse tales frutos, ella es la que se determine en otro juicio. Todo lo anterior se reconoce porque la sociedad conyugal Bravo-Herrera responde a terceros, que son los demandantes de tales aportes y gananciales y en cuyo acervo está el conjunto de bienes, al tenor de lo que dispone el artículo 1806 del Código Civil.

A lo que se estima procedente de la petición anterior se oponen los demandados, porque dicen que ya se trate del inventario de una sucesión o de una sociedad conyugal ilíquida, sólo es lícito incluir los créditos que reúnan los requisitos exigidos por el artículo 254 de la Ley 105 de 1890, o sea aquellos que reconozcan unánimemente los interesados, o los créditos respecto de los cuales haya un título que preste mérito ejecutivo.

A la primera objeción se responde que precisamente por no haberse hecho la inclusión de que se trata, respecto de los aportes que no existan, o de los gananciales, como pasivo de los inventarios de la sociedad ilíquida Bravo-Herrera, es por lo que se ha promovido la presente controversia. Y en cuanto a la segunda objeción, se observa que, por no existir el acuerdo unánime entre los interesados, ni haber título ejecutivo, es por lo que se ha ocurrido este debate que termine con fallo que sirva de título para la inclusión en el pasivo de tales créditos.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia de fecha diez y ocho de diciembre de mil novecientos veintinueve, reforma la de primera instancia y en su lugar resuelve:

1º No están probadas las excepciones alegadas por los demandados.

2º Queda a cargo de la sociedad conyugal ilíquida Bravo-Herrera y a favor de la sucesión de Isabel Mejía, o de sus herederos, los demandantes, la restitución de los bienes propios de la señora Isabel Mejía, aportados al matrimonio con Bautista Bravo y la mitad de gananciales habidos en dicha sociedad.

3º La sociedad conyugal ilíquida Bravo-Herrera está obligada a restituir a la sucesión de Bautista Bravo, o

a sus herederos, los aportes que éste último llevó al matrimonio con Rosa Herrera, o sean los bienes propios de dicho señor, más la mitad de los gananciales que adquirió en la sociedad conyugal con la señora Isabel Mejía.

4° La sociedad conyugal Bravo-Herrera debe a la sucesión de la señora Isabel Mejía, o a sus herederos, el valor de los frutos correspondientes a los aportes de dicha señora, computados a la tasa que se determine en juicio separado, que puede ser sumario, y a contar desde el día en que los demandantes llegaron a la mayor edad.

5° En el pasivo de los inventarios de la sociedad conyugal ilíquida Bravo-Herrera se incluirán los aportes de la señora Mejía o su valor, si éstos no existen y no pueden retirarse al hacer la separación de patrimonios, lo mismo que la parte de gananciales de dicha señora, como deuda a favor de sus herederos, y los frutos de los bienes propios de la misma señora, frutos cuya cuantía se determinará, como ya se dijo.

6° La misma sociedad conyugal Bravo-Herrera reconocerá a la señora Rosa Herrera o a los que la han subrogado en sus derechos, que son los demandados, los aportes del matrimonio con el señor Bautista Bravo, inclusive la casa alta que éste edificó en terreno de dicha señora, pero con la obligación de compensar o indemnizar a la sociedad conyugal Bravo-Herrera el valor de las expensas empleadas en tal edificación.

7° Hechos los reconocimientos, deducciones y compensaciones de que tratan los puntos anteriores, el resto constituye los gananciales de la sociedad disuelta Bravo-Herrera, divisibles en partes iguales: la una, para la señora Rosa Herrera, o para sus herederos o representantes legales; y la otra, para el señor Bautista Bravo, o para sus herederos, que son los demandantes.

8° Declárase probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido respecto de las declaraciones tercera y cuarta de la demanda principal, en cuanto a frutos de gananciales de Isabel Mejía, demandados en ellas, y por esa causa se absuelve a los demandados de tales cargos.

Quedan en pie las siguientes declaraciones del fallo de segunda instancia en la parte que no se casa:

"Sepárense los bienes de la sociedad conyugal Bravo-Mejía, expresados en los inventarios judiciales practicados en el juicio sucesional de la señora Isabel Mejía, de los bienes de la sociedad conyugal Bravo-Herrera, en los cuales están confundidos aquéllos, por haberlos introducido al señor Bautista Bravo al segundo matrimonio con la señora Rosa Herrera. No hay costas en la primera instancia. Tómense las copias del caso para averiguar la responsabilidad en que hubiere incurrido el Notario que certificó la inexistencia del testamento de la señora Isabel Mejía.

"Declárase improcedente la demanda de reconvención propuesta por el apoderado de los demandados contra Julio Bravo y sin lugar a hacer las declaraciones imputadas en dicha demanda."

9° No hay costas en el presente recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

RESOLUCION NUMERO 1°

por la cual se dispone la manera como se debe hacer la publicación de la *Gaceta Judicial* y se reforma el precio de venta de cada número.

Ministerio de Gobierno—Sección 5°—Bogotá, septiembre 22 de 1933.

El Ministro de Gobierno, en uso de la facultad que le confiere el artículo 2° del Decreto ejecutivo número 1704 de 1923, y teniendo en cuenta que ha habido necesidad de aumentar las páginas de cada número de la *Gaceta Judicial*, debido al recargo de material destinado a ver la luz en dicho periódico,

resuelve:

1° La *Gaceta Judicial* se editará en números de 52 o de 104 páginas, según la cantidad de material que exista para ser publicado, y el valor de cada ejemplar será el de \$ 0-40 y \$ 0-80, respectivamente.

2° El valor de la suscripción de cada tomo de la *Gaceta Judicial* será el de cuatro pesos (\$ 4).

Comuníquese y publíquese en el *Diario Oficial* y en la *Gaceta Judicial*.

Agustín MORALES OLAYA,

Ministro de Gobierno.

AVISOS

INDICE DEL TOMO 37

En vista de las constantes y numerosas reclamaciones que llegan a la Relatoría, del número 1864 de la *Gaceta Judicial*, destinado a los índices y jurisprudencia del tomo 37 de esta publicación, el Relator se permite advertir que él será despachado tan pronto como la Imprenta Nacional tenga a bien editarlo.

MUERTE DEL LIBERTADOR

El Director de la Biblioteca Nacional encarece a todos los escritores colombianos el favor de remitir a la Academia de la Historia de Caracas, Venezuela, los libros, folletos o simples artículos de prensa publicados con ocasión del centenario de la muerte del Libertador.

LEYES EXPEDIDAS POR EL CONGRESO NACIONAL en su legislatura del año de 1927.

Edición oficial revisada por el Consejo de Estado, con vista de los respectivos originales, pertenecientes al Archivo del Congreso.

De venta en la Administración del *Diario Oficial*, carrera 9°, número 188, a \$ 1-50 el tomo en rústica.

Imprenta Nacional

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXIX

Bogotá, octubre 30 de 1933.

NUMERO 1882

Director, FERNANDO GARAVITO A.

Relator de la Corte.

CORTE PLENA

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, julio veintiséis de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Arturo Díaz).

Por medio de escrito presentado ante esta honorable Corte, el señor Arturo García Herreros, ciudadano colombiano, haciendo uso del derecho que le confiere el artículo 49 del Acto legislativo número 3 de 1910, presentó demanda de acusación contra el Decreto número 2110 de fecha 30 de noviembre de 1931, por considerarlo violatorio de los artículos 31 y 32 de la Constitución Nacional y 5 y 6 del Acto legislativo número 3 de 1910.

El Decreto que ha sido motivo de la acusación dijo lo siguiente:

“A partir del primero de diciembre próximo, rebájase en un veinte por ciento la cuantía de las pensiones de jubilación, reconocidas o que reconozca la Caja de Auxilios de los ramos postal y telegráfico, sin que en ningún caso el valor de una pensión pueda ser mayor de sesenta pesos (\$ 60) mensuales, y en un veinticinco por ciento los demás auxilios de la mencionada Caja.”

El demandante se funda para acusar el mencionado Decreto, en que el legislador por medio de la Ley 82 de 1912 estableció la Caja de Auxilios de los ramos Postal y Telegráfico, y por el artículo 14 dispuso que los empleados que hubieren servido por más de treinta años en el expresado ramo, tendrían derecho a separarse de su empleo con una pensión equivalente a la mitad del sueldo que estuvieren devengando; que él (el demandante) fue favorecido con la de ciento cincuenta pesos (\$ 150) mensuales, mitad del sueldo que tenía entonces, y que el Decreto acusado al rebajar esa pensión, vulnera los derechos que adquirió con justo título, con arreglo a las leyes vigentes cuando se le decretó la pensión, una vez que se le priva de parte de su propiedad, sin haberse impuesto pena, apremio, o indemnización, sin ser el caso de contribución general, y sin ser motivo de utilidad pública definido expresamente por el legislador, ni haber éste establecido esa contribución. Agrega por último que el Decreto viola igualmente los artículos 57, 61 y 76 de la Constitución, porque se lleva de calle—estas son sus palabras—las facultades constitucionales del Poder Legislativo y del Poder Judicial.

De la demanda se dio traslado al señor Procurador General de la Nación, quien opina que el Decreto acusado no es inconstitucional, porque en su concepto la pensión es una merced, una gracia “que se confiere por

el Estado a ciertos servidores y que por consiguiente puede disminuirse o suprimirse a voluntad del donante. La ley y el juicio no tienen otro objeto que determinar las condiciones que se exigen para hacerse digno de esta gracia, reconocer la persona que ha de recibirla y fijar la cuantía de la misma; no el de ligar en el futuro, de una manera irrevocable, la voluntad de quien la ha conferido.”

En apoyo de su anterior argumentación cita el señor Procurador una sentencia de esta Corte y termina manifestando que el principio que se acaba de copiar solamente tiene una excepción, que es el de las pensiones militares, las cuales no pueden rebajarse por prohibirlo el artículo 169 de la Constitución Nacional, y que habiendo sido investido el Poder Ejecutivo de facultades extraordinarias por virtud de la Ley 99 de veinticuatro de septiembre de 1931, estaba dentro de sus atribuciones el dictar el decreto sobre que versó la acusación.

Para resolver el punto hace la Corte las siguientes consideraciones:

Con posterioridad a la expedición del Decreto acusado vino el legislador y expidió las Leyes 2 y 21 de 1932, que reglamentaron íntegramente todo lo referente a la Caja de auxilios de los ramos Postal y Telegráfico, la primera de las cuales por virtud de lo dispuesto en su artículo 21, fue a su turno reglamentada por medio del Decreto ejecutivo número 2091 de fecha 5 de diciembre del mismo año.

Esa Ley 2 de 1932, después de establecer cuáles son los fondos que forman la Caja de Auxilios del ramo, el personal que la integra, el manejo de los primeros, el procedimiento que debe seguirse para obtener la pensión, las condiciones requeridas para que sea decretada, los empleados que tienen derecho a ella, etc., dijo por su artículo 16, lo siguiente:

“El empleado que comprobare treinta (30) o más años de servicio, sin que en ninguna ocasión se le hubiera separado por causa de mala conducta, tendrá derecho a retirarse de su empleo con una pensión de jubilación, equivalente a la mitad del promedio mensual de las asignaciones que hubiere devengado durante el servicio anterior a la presentación de la solicitud, pero esta pensión no podrá exceder en lo futuro de sesenta pesos (\$ 60) mensuales.”

Por el artículo 23 dijo que quedaba derogada la Ley 82 de 1912, que es una de aquellas en que se apoya el demandante, el artículo 69 de la Ley 99 de 1923 y el artículo 59 de la Ley 13 de 1925 y todas las demás disposiciones que fueran contrarias a dicha Ley segunda.

Posteriormente vino la Ley 21 de 1932 que estableció en su artículo 39 lo siguiente: “Rebájase en un veinte por ciento (20 por 100) la cuantía de las pensiones de jubilación reconocidas o que reconozca la Caja de Auxilios de los ramos Postal y Telegráfico y en un veinticinco

por ciento (25 por 100) los demás auxilios de la mencionada Caja. Exceptúanse de esta rebaja las pensiones de veinte pesos (\$ 20) o menos," y por el artículo 4º dijo esto: "El valor de las pensiones en el ramo de Correos y Telégrafos no podrá ser mayor de ochenta pesos mensuales."

El 3º de la Ley 153 de 1887 reza así textualmente: "Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería."

El artículo 71 del Código Civil dice que la derogación de una ley puede ser expresa o tácita; que será lo primero cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua, y tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

Aplicando los anteriores principios legales se deduce que el Decreto acusado no tiene hoy existencia legal, porque la disposición que rige es la consignada en esos artículos 3 y 4 de la Ley 21, en lo que al monto y cuantía de las pensiones de jubilación otorgadas por la Caja de auxilios y recompensas, se refiere, y si ello es así, como lo es, carece de abjeto entrar en el análisis de los fundamentos de la demanda, ya que el Decreto en referencia ha dejado de existir y la ley que fijó el valor de las pensiones que se reconozcan en lo futuro o que hubieran sido reconocidas, no ha sido acusada en este juicio.

Por las anteriores razones la Corte Suprema de Justicia, Corte Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara que no hay lugar a resolver sobre la inexecutable del Decreto número 2110 de 30 de noviembre de 1931, por no tener hoy existencia legal, en virtud de lo dispuesto por los artículos 3 y 4 de la Ley 21 de 1932.

Cópiese, notifíquese, insertese en la *Gaceta Judicial*, envíese copia de este fallo al señor Ministro de Gobierno y archívese el expediente.

Parmenio Cárdenas, José Miguel Arango, Enrique A. Becerra, Ignacio González Torres, Carlos Arturo Díaz, José Joaquín Hernández, Germán B. Jiménez, Julio Luzardo Fortoul, Juan E. Martínez, Tancredo Nannetti, Francisco Tafur A.—El Conjuéz, Carlos Bravo — Augusto N. Samper, Secretario.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de única instancia—Bogotá, julio diez y nueve de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Según el contrato que en copia aparece a los folios 1 vuelto y siguientes de este proceso, de fecha catorce de julio de mil novecientos veintiséis, el señor Eduardo A. Rueda se obligó para con el Gobierno Nacional a construir dentro de ocho meses, a partir de la fecha de la legalización de ese contrato, el edificio para la estación de Simijaca, del Ferrocarril Central del Norte, y dentro de seis meses, a partir de la misma fecha, los edificios para las estaciones de Susa, Capellanías y Saboyá, del mismo Ferrocarril, por la suma de cincuenta y

tres mil seiscientos treinta y cinco pesos treinta y nueve centavos, más una remuneración relativa al valor total de tales obras del diez por ciento, o sea la suma de cinco mil trescientos sesenta y tres pesos cincuenta y tres centavos.

Como algunas de tales obras no fueran ejecutadas dentro del término estipulado, hubo de celebrarse un contrato adicional, el diez y siete de junio de mil novecientos veintisiete, en el cual se prorrogó dicho término, obligándose el contratista a entregar completamente terminadas las estaciones de Saboyá y Susa el quince de agosto, y la de Simijaca el quince de octubre del año citado, respectivamente, y se sustituyó la multa de veinte pesos por cada semana de demora en la entrega estipulada en el primitivo contrato, por la de diez pesos por cada día de retardo, aceptando expresamente el contratista la condición de que el valor de las multas, llegado el caso, se le descontaría de la última cuota.

El señor Rueda recibió de la empresa las sumas de dinero que ésta se obligó a pagarle por razón del contrato y que en total dan la cantidad arriba expresada, pero con la deducción en la última cuota de la de mil novecientos sesenta pesos, a que asciende el valor de las multas en que lo declaró incurso la Superintendencia del Ferrocarril por haber demorado cuatro meses la terminación y entrega de la estación de Simijaca, y dos meses las de Susa y Saboyá.

El contratista interpuso ante la empresa y ante el Ministerio de Obras Públicas cuantos recursos consideró convenientes a fin de obtener la exención de las multas y el consiguiente pago de su valor, pero el Superintendente declaró que no tenía facultad para decidir sobre el recurso y el Ministerio declaró en Resolución de fecha 28 de diciembre de 1928 que no era el caso de exonerar al señor Rueda de las multas impuestas por la demora en el cumplimiento de sus obligaciones. En Resolución de 24 de febrero de 1930, aprobada por el Presidente de la República, negó el Ministerio la revocación que le pidió el señor Rueda de la Resolución expresada. En una y otra se expusieron detalladamente las razones que se tuvieron en cuenta para dictarlas.

Terminado así el juicio administrativo, el señor Rueda, por medio de apoderado y del libelo repartido en la Corte el 3 de junio del año últimamente citado, demandó a la Nación para que previos los trámites de un proceso ordinario, se hagan estas declaraciones:

"1º Que es nulo y sin ningún valor ni efecto todo lo actuado por el Superintendente del Ferrocarril Central del Norte, sección segunda, y por el Ministerio de Obras Públicas, en lo relacionado con la imposición de la multa por mil novecientos sesenta pesos moneda legal, a mi mandante por la mora—según asevera el Superintendente—en la entrega de las estaciones del Ferrocarril denominadas Saboyá, Susa y Simijaca.

"2º Que en esta nulidad quedan comprendidas las Resoluciones dictadas por el Ministerio de Obras Públicas el veintiocho de diciembre de mil novecientos veintiocho, por medio de la cual el Ministerio declara que no es el caso de inhibir a mi mandante de la multa de que se trata; y la proferida por el mismo Ministerio el veinticuatro de febrero del año en curso, por la cual se niega la reconsideración de la primera, y que en consecuencia, quedan ambas Resoluciones sin valor ni efecto alguno.

"3º Que como consecuencia de esta nulidad, se declare que no es el caso de imponer a mi mandante la multa de

que se trata, por no serle imputable mora en la entrega de las mencionadas estaciones.

"4° Que en consecuencia, la Caja del Ferrocarril Central del Norte, sección segunda, o sea el Ministerio de Obras Públicas, y en definitiva la Nación representada por aquellas entidades, está obligada a devolverle a mi mandante la suma de mil novecientos sesenta pesos que le descontó o retuvo como multa, tomada dicha cantidad del precio del contrato respectivo.

"5° Que la devolución de la expresada suma de dinero debe hacerla la entidad correspondiente tres días después de ejecutoriada la sentencia que así lo determine."

En subsidio y para el caso de que no se hicieran las declaraciones pedidas en los puntos 1° y 2°, solicitó las siguientes:

"1° Que mi mandante el señor Eduardo A. Rueda no incurrió en mora en la entrega de las estaciones de Saboyá, Susa y Simijaca, para el Ferrocarril Central del Norte, sección segunda, en virtud del contrato que para la construcción de tales estaciones celebró con la Nación.

"2° Que en consecuencia, la Nación no tiene derecho a cobrarle al señor Eduardo A. Rueda la multa que por cada día de mora en la entrega de las estaciones dichas se estipuló en el respectivo contrato, ni el señor Rueda está en la obligación de pagar la multa de que se habla.

"3° Que en consecuencia, queda sin valor ni efecto alguno todo lo actuado por el Superintendente del Ferrocarril Central del Norte, sección segunda, y por el Ministerio de Obras Públicas, en lo relacionado con la imposición de la multa de que se trata, al señor Eduardo A. Rueda, inclusive las dos Resoluciones dictadas por el expresado Ministro de Obras Públicas el veintiocho de diciembre de mil novecientos veintiocho y el veinticuatro de febrero del año en curso.

"4° Que igualmente, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se disponga que la Caja del Ferrocarril Central del Norte, sección segunda, o el Ministerio de Obras Públicas, y en definitiva la Nación, está obligada a devolver a mi mandante la suma de mil novecientos sesenta pesos (\$ 1,960) moneda legal, que le ha descontado o retenido por vía de multa, tomada dicha cantidad del precio del contrato que con la Nación celebró mi mandante para la construcción de las estaciones citadas, devolución que hará tres días después de ejecutoriada la sentencia que así lo ordene."

Como se ve, resumiendo las peticiones contenidas en la demanda, pueden reducirse a estas dos: 1), que principalmente se anulen las Resoluciones sobre multas de la empresa del Ferrocarril y del Ministerio de Obras Públicas, y como consecuencia de esa nulidad se declare la obligación en que está la Nación de pagarle la cantidad que le fue deducida como multas; y 2), que subsidiariamente se declare que el demandante no incurrió en mora en la construcción y entrega de las expresadas obras y por consiguiente se condene a la Nación a cubrirle el precio íntegro de las obras tal como está estipulado en el contrato y sin deducción alguna.

Como cuestión principal se debe, pues, resolver si adolecen de nulidad las resoluciones acusadas de ese vicio.

La causal de nulidad invocada para todas las resoluciones administrativas dichas, es una sola: que para la deducción de las multas que se estipulan en cláusulas contractuales, como la contenida en el contrato de que se

trata, se requiere una verdadera resolución administrativa, y que dicha resolución no se dictó en debida forma, por lo cual la Nación carece de derecho para deducir la multa.

Sobre este particular, el señor Procurador dice lo siguiente en su alegato de conclusión, que la Corte acoge para demostrar que no tiene fundamento la referida tacha de nulidad:

"Al frente de estas afirmaciones, considero, por el contrario:

"a) Que no son necesarios verdaderos actos de autoridad para que se haga la deducción del precio por razón del incumplimiento del contrato por una de las partes;

"b) Que aunque tal acto de autoridad se requiriera, en el negocio presente se ha dictado en debida forma, y que aunque fuera nulo, no por eso tendría que deducirse, como lo deduce el demandante, que se encuentra la Nación en la obligación de reintegrarle la cantidad que le ha sido deducida; y, finalmente,

"d) Que el demandante sí incurrió en mora de cumplir las obligaciones que el contrato le imponía.

"No eran necesarios actos propios de autoridad para hacer la deducción de la multa.

"En la cláusula segunda del contrato celebrado el 3 de noviembre de 1926 entre el Superintendente del Ferrocarril Central y el señor Eduardo A. Rueda, se estipuló:

"Rueda es obligado para con el Gobierno a entregar completamente terminadas las estaciones de Saboyá y Susa el 15 de agosto de 1927 y la de Simijaca el 15 de octubre del mismo año. En caso de que estas entregas no tengan lugar en las fechas indicadas, Rueda pagará al Gobierno una multa de diez pesos (\$ 10) por cada uno de los días que demore la entrega de las estaciones, y aceptará que esta multa le sea descontada de su última cuota."

"Esta obligación que el contratista se impuso de permitir que se le dedujera la suma de \$ 10 por cada uno de los días que demorara la entrega de las estaciones, es perfectamente legítima, y, como procedente del convenio mutuo de las partes contratantes, las cuales obraban en un pie de igualdad como personas de carácter privado, es una mera obligación de derecho civil, que de derecho público no tiene sino el nombre de multa. De la misma manera que en un contrato entre dos personas particulares hubiera podido estipularse una cláusula semejante, así, sin que ella pierda el carácter de obligación puramente civil, se ha podido celebrar el contrato entre un particular y la Nación como persona jurídica de carácter privado.

"Creando, pues, la estipulación sobre la multa una obligación de derecho puramente civil, no se ve la razón por la cual, para hacerla efectiva, haya de ser necesario un acto de autoridad, una verdadera resolución emanada del Gobierno en ejercicio de la soberanía y en virtud de las facultades que como persona de derecho público la Constitución le confiere, siendo así que como adquirido en su carácter de persona privada puede hacerlo efectivo como tal por la ley del contrato. Así que soy de parecer que, sin que se requiera el ejercicio de la autoridad gubernamental, podría haberse hecho la deducción, una vez que el contratista hubiera incurrido en la mora.

"b) Pero admitase que dicha resolución sea necesaria. ¿Se ha dictado o no en debida forma? En el expediente

consta copia auténtica de la Resolución de diciembre 28 de 1928, cuya parte resolutive dice así: 'No es el caso de declarar al señor Eduardo A. Rueda libre de la multa que, de acuerdo con el contrato de fecha diez y siete (17) de junio de mil novecientos veintisiete (1927), debe pagar por causa de la demora en la entrega de las estaciones de Saboyá, Susa y Simijaca, del Ferrocarril Central del Norte.' Esta Resolución y la de febrero 24 por la cual se niega la revocatoria de aquélla y que se encuentra debidamente sancionada por el Presidente de la República, están mostrando a las claras que el Gobierno, por medio de actos de verdadera autoridad, ha declarado en debida forma la obligación del contratista. Podrá ser que el contratista no haya incurrido legítimamente en la sanción que se le ha impuesto por no haber incurrido en mora en el cumplimiento del contrato (cuestión que se estudiará en el punto d), pero lo que sí es un hecho palpable, es que por el Gobierno, con todas las formalidades legales, sí se ha declarado, mediante verdaderas resoluciones gubernamentales, que el contratista ha incurrido en una multa de la cual quiere al presente que se le declare eximido.....

"c) Aunque las Resoluciones hubieran sido necesarias y aun dando de barato que las que se dictaron fueran nulas, no por eso se puede deducir la conclusión que saca el demandante, de que debe reintegrársele la cantidad que de su último pago fue deducida. Porque la causa o razón de la deducción no eran las Resoluciones del Gobierno, sino la mora en el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista; y, por lo tanto, aunque las Resoluciones fueran nulas, si no llega a probar el contratista que no hubo por su parte mora en la construcción de las estaciones a que estaba obligado, como en tal caso la causa de su obligación subsiste, como subsiste la razón jurídica de la deducción, que es la mora, no sería legal que se declarara por la honorable Corte en un juicio ordinario, que dicha obligación no subsiste. Es decir, que la nulidad de las resoluciones administrativas, aun dentro de la hipótesis de que ellas fueran necesarias para hacer valer administrativamente el derecho de la Nación, no trae de suyo aparejado el desconocimiento ante la autoridad judicial de la obligación por parte del contratista de soportar la multa."

d) Respecto de si el señor Rueda incurrió o nó en mora para la construcción y entrega de los edificios, la Corte tiene en cuenta:

Como se ha visto, dicho contratista ha aceptado y aun confesado que los edificios los concluyó y entregó después de vencido el término estipulado para ello en el contrato. Sentado este hecho preliminar, resta sólo examinar si se halla comprobada la excusa que para tal demora expone el mismo contratista tanto en la demanda como en el alegato de conclusión, y que hace consistir en el hecho de que la empresa no cumplió con la obligación de transportarle oportunamente los materiales necesarios para las obras, por lo cual, agrega, siendo el contrato de carácter bilateral, conforme al precepto del artículo 1609 del Código Civil, ninguno de los contratistas está en mora de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

La cláusula que determina las obligaciones de la empresa a este respecto, es del siguiente tenor:

"a) A transportar al contratista y a su personal de obreros en la sección del Ferrocarril denominado de

construcción, gratuitamente y en la forma que lo permitan los elementos de la empresa, a juicio del Superintendente, los materiales destinados a la construcción de que se trata en este contrato."

Es indudable que si la empresa no ha dado cumplimiento a lo estipulado en esta cláusula, en la forma y términos en ella expresados, el contratista no habrá incurrido por su parte en mora en la entrega de los edificios, dado el carácter sinalagmático del contrato y lo establecido en la disposición por aquél invocada. Es preciso indagar, según esto, si se halla acreditado el incumplimiento por parte de la empresa.

Tanto del texto de la demanda como del alegato de conclusión, se viene en conocimiento de que el demandante estima como prueba suficiente del referido incumplimiento la nota número 65 de fecha cinco de junio de mil novecientos veintiocho, dirigida por el doctor Jorge Triana, en su calidad de Ingeniero Jefe de la Explotación, al Superintendente del Ferrocarril, en los siguientes términos:

"Acuso a usted recibo de su atenta comunicación número 3344 de fecha 1° de los corrientes, y en respuesta le manifiesto que si bien es muy difícil determinar con exactitud las distintas causas que pudieron haber intervenido para que el señor Eduardo A. Rueda, contratista para la edificación de las estaciones de Susa, Villegas, Simijaca y Saboyá, no hubiera podido dar cumplimiento a las fechas de entrega a que se había comprometido, si puedo decir a usted que una de ellas fue la falta involuntaria por parte de la empresa del Ferrocarril en transportar oportunamente los materiales y elementos destinados a dichas obras, lo cual trajo como consecuencia la demora en su terminación. Por tanto, mi opinión al respecto es la de que el señor Rueda dio satisfactorio cumplimiento a sus contratos, hasta donde le fue posible, dadas las dificultades imprevistas con que se tropieza en esa clase de trabajos."

En esta nota se reafirma el hecho de no haber entregado el señor Rueda los edificios de las estaciones en las fechas convenidas; y si bien se agrega que es muy difícil determinar con exactitud las distintas causas que pudieran haber intervenido para dicha demora, y que una de ellas fue la falta involuntaria por parte de la empresa en transportar oportunamente los materiales y elementos destinados a dichas obras, con esto no se demuestra, aunque se les diera el carácter de plena prueba a las aseveraciones y conceptos del doctor Triana, que la empresa hubiera faltado al compromiso contraído en el contrato, ya que éste fue el de transportar en la forma que lo permitieran los elementos de la empresa, a juicio del Superintendente, los materiales destinados a la construcción de las obras contratadas. En el oficio del doctor Triana no se contiene la afirmación de que los elementos o posibilidades de la empresa hubieran permitido un acarreo más activo de los indicados materiales, ni menos aún que tales posibilidades hubieran sido calificadas por el Superintendente, a cuyo criterio dejó el contrato la apreciación de ellas.

Antes bien, al expresar el Ingeniero Jefe de la Explotación que la falta de transporte oportuno de los materiales fue involuntaria, se colige que las condiciones y recursos de la empresa no permitieron un transporte más rápido, ya que en el caso contrario la omisión o retardo por parte de la empresa hubieran dejado de ser involuntarios.

En suma: con arreglo a la estipulación invocada por el demandante, la obligación del Gobierno consistía en transportar los materiales de acuerdo con los medios y posibilidades de la empresa, medios y posibilidades que correspondía apreciar al Superintendente del Ferrocarril. De suerte que para que pueda estimarse no cumplida esta cláusula, sería menester que el actor hubiera acreditado que no se le transportaron en oportunidad los elementos, no obstante haber conceptuado el Superintendente que podían haberlo sido en forma más oportuna para el contratista. Y como esta prueba no se ha suministrado, la demora en la entrega de los edificios le es imputable al contratista y lo hace responsable de las multas estipuladas para el caso allí previsto de que ocurriera la expresada demora.

Aun cuando las razones hasta aquí expuestas son de suyo suficientes en el campo del derecho estricto para desatar la litis en forma adversa a la demanda, no está por demás hacer notar, para demostrar que esta solución satisface igualmente los dictados de la equidad, que, según aparece del oficio del Superintendente del Ferrocarril, de diez y ocho de abril de mil novecientos veintiocho, dirigido al contratista, y de las Resoluciones del Ministerio de Obras Públicas de fechas veintiocho de diciembre del año citado y veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta, así como del texto del contrato adicional, piezas todas éstas aducidas en copia por el demandante, no habiendo dado cumplimiento el contratista a la obligación de entregar las estaciones en las fechas convenidas, y habiendo alegado como excusa para dicho incumplimiento la falta de transporte oportuno por parte de la empresa de los materiales destinados a las obras, el Gobierno, no obstante que su compromiso era hacer el acarreo en la forma que lo permitieran los elementos de la empresa a juicio del Superintendente, no tuvo inconveniente en otorgar al señor Rueda una prórroga del diez y nueve de abril al quince de agosto de mil novecientos veintisiete, para la entrega de las estaciones de Saboyá y Susa, y del diez y nueve de mayo al quince de octubre del mismo año, para la de Simijaca, habiéndose tenido en cuenta al pactar dicha prórroga, la forma en que la empresa, de acuerdo con su obligación y con sus medios y elementos, podía efectuar el transporte de los materiales; de suerte que éste era ya un factor conocido por el contratista al pactar los nuevos plazos de entrega.

Aparece igualmente de las piezas mencionadas, que existían otros medios de transporte a que pudo ocurrir el contratista para dar cumplimiento a sus obligaciones, ya que la empresa no estaba obligada a efectuar el transporte sino de acuerdo con sus posibilidades, según apreciación que de ellas hiciera el Superintendente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Civil de única instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **absuelve** a la Nación de los cargos que le fueron deducidos tanto en la demanda principal como en la subsidiaria.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL — Enrique A. Becerra. Carlos Arturo Díaz—Tancredo Nannetti—Francisco Taffur A.—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. Bogotá, dos de noviembre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Vistos:

Camilo Muñoz O. y Francisco José Chaux entablaron juicio ordinario ante el Juez 1º del Circuito de Palmira, contra Hernando Caicedo, a fin de que se sentenciase lo siguiente:

1º Que el demandado debe pagar a los actores el valor del honorario correspondiente por las gestiones que hicieron en el asunto sobre divorcio seguido por Primitivo Tenorio y luego por sus sucesores contra la señora Clementina González de Tenorio.

2º Que Hernando Caicedo debe pagar a los demandantes, por este honorario la suma de dos mil trescientos pesos (\$ 2,300) oro legal, suma que debe pagarles dentro de los seis días siguientes al de la notificación de la demanda.

3º Que el demandado debe pagar a los actores, con los dos mil trescientos pesos oro, los intereses legales de esta suma desde la fecha en que se terminó el asunto de divorcio dicho hasta la fecha del pago.

4º Costas.

Se enuncian estos fundamentos de hecho:

a) Con carta suscrita en esa ciudad de Palmira el 23 de octubre de 1918 le remitió el doctor Hernando Caicedo (abogado) al demandante doctor Chaux dos poderes, uno general y otro especial, para que representara a la señora Clementina González de Tenorio en el juicio de divorcio promovido contra ella por su marido, el señor Primitivo Tenorio, ante el Juzgado Eclesiástico de esta Arquidiócesis, por demanda de 14 de septiembre de 1914.

b) En la referida carta dijo textualmente el doctor Caicedo al doctor Chaux: "Basta por hoy. Procura por cuantos medios estén a tu alcance salvar este asunto. Yo te respondo por tus honorarios. Obteniendo en él buen éxito puedes pasar tu cuenta por \$ 1,000 oro o más, que te serán pagados inmediatamente. No lo descuides un instante, pues es bellissimo y de suma trascendencia. Si necesitas dinero avisámelos."

c) Sobre la promesa del doctor Caicedo de responder él por un honorario de mil pesos oro o más, aceptó el doctor Chaux el mandato y principió las gestiones ante el Juzgado Eclesiástico. También tomó cartas en el asunto el doctor Muñoz O. (el demandante), pues de tiempo atrás tenemos fundada una Agencia Judicial en esta ciudad y trabajamos juntos, y empezó a entenderse por cartas con el doctor Caicedo en nombre de ambos.

d) Así las cosas, volvió el doctor Caicedo a repetir su oferta en carta de 7 de diciembre de 1918, dirigida a ambos, en estos términos: "Vuelvo a repetirles que los honorarios de ustedes están muy seguros: yo respondo por ellos. Si ustedes por cuenta de ellos necesitan algo no tienen sino que avisarme. Yo tengo mucho gusto de cumplir con el sagrado deber de pagar a ustedes lo que me cobren."

e) Vino el doctor Caicedo a esta ciudad de Popayán y en los primeros días del mes de febrero de 1919 pactamos un honorario de tres mil pesos (\$ 3,000) oro legal. Convenido esto nos suplicó le escribiéramos a la señora González de Tenorio sobre lo pactado, y también al se-

ñor Esteban Tenorio, de Florida, porque dizque éste iba a tener no recordamos qué interés en el asunto. No accedimos a esta exigencia, pues nosotros no teníamos por qué entendernos con personas distintas del doctor Caicedo, dadas las referidas promesas; mas como él nos instara por repetidas ocasiones que para el arreglo de sus cuentas con la señora González de Tenorio necesitaba una constancia escrita de aquéllo (de lo pactado), así lo hicimos en carta de 15 de febrero del año pasado (1919), la cual recibió el doctor Caicedo en esta ciudad de Popayán, y cosa semejante hicimos para con el señor Esteban Tenorio, de Florida, quien al fin y al cabo no llegó a tener interés alguno en el asunto.

f) Ocurrido lo relacionado hasta aquí, giramos contra el doctor Caicedo, a buena cuenta del honorario, una letra por seiscientos pesos (\$ 600) oro legal a favor de los señores Bohmer y Linzen, y otra por gastos hechos ya, por treinta y ocho pesos con cincuenta centavos (\$ 38-50) oro legal. Estos giros fueron cubiertos inmediatamente por el doctor Caicedo, de buen grado y sin observación ninguna, de acuerdo con lo pactado. Así nos lo hizo saber el doctor Caicedo en carta del 8 de marzo de 1919, firmada en Palmira, de la que separamos estos pasajes: "Apenas llegué cubrí el giro de ustedes por seiscientos pesos oro. El lunes, pasado mañana, pagaré el otro por \$ 38-50 de las costas. Quedan autorizados para hacer cualquier gasto." Y en carta del 19 del propio mes de marzo, nos dijo: "Pagué el valor de las costas, \$ 38-50. Al doctor Chaux le reitero mis agradecimientos."

g) Terminado el asunto relativo a la sentencia sobre divorcio de la señora González de Tenorio con Primitivo Tenorio, el doctor Chaux notificó al doctor Caicedo, en nombre de ambos, que le giraba por el resto del honorario, o sea dos mil cuatrocientos pesos oro legal, deducción hecha de cien pesos oro legal de un giro hecho antes por el doctor Chaux a cargo del doctor Caicedo, por cuenta distinta, cuyo valor no se había cubierto al doctor Caicedo.

h) De acuerdo con esa noticia girámos el día 20 de enero de este año a favor del Banco de Popayán, y a cargo del doctor Caicedo por la suma de dos mil trescientos pesos (\$ 2,300) oro legal, y estando ya en curso el giro recibimos un telegrama del doctor Caicedo que dice así:

"Palmira, 21 de enero de 1920

"Muñoz y Chaux—Popayán.

"Recuerden carta del quince (15) tenía valor entendido ayudarles arreglar buen honorario. Nada más. Señora entiendo no aceptó. Completamente desprendido del asunto. Cobro no es conmigo. Sentiría protestarles giro. Abrázolos, Hernando."

En el propio momento en que recibimos este telegrama le contestamos:

"Nunca hubiéramoslo creído. Lamentamos acudir inmediata, firmemente, Poder Judicial. Camilo. Chaux."

i) El giro no fue aceptado por el doctor Caicedo, por lo que se hizo el protesto del caso por el último endosatario, según lo dice la escritura número 49 de 20 de febrero de este año, pasada ante el Notario 1º principal del Circuito de Palmira, y el doctor Caicedo nos debe, como en un principio, los dos mil trescientos pesos oro legal, más los gastos y perjuicios que en definitiva nos ocasiona la no aceptación de dicho giro."

El demandado contradijo las acciones y estableció además, demanda de reconvencción en que pide estas declaraciones:

"Primera. Que los demandantes Muñoz O. y Chaux deben pagar al demandado Caicedo, solidariamente, dentro de los seis días siguientes al de la notificación de la sentencia, la suma de setecientos pesos oro legal (\$ 700) que el actor les dio en préstamo.

"Segunda. Que los mismos señores deben pagar a Caicedo, en el mismo término, además de los setecientos pesos arriba expresados, los intereses corrientes de esta suma.

"Subsidiariamente que se declare, si no hay solidaridad entre los deudores, cuál suma debe pagar cada uno."

El Juez falló así:

"1º Declarar y reconocer que el doctor Hernando Caicedo, abogado, mayor de edad y vecino de este Distrito, debe pagar a los doctores Camilo Muñoz O. y Francisco José Chaux, mayores de edad y vecinos del Distrito de Popayán, el valor del honorario correspondiente por las gestiones que hicieron éstos en el asunto sobre divorcio seguido por Primitivo Tenorio y luego por sus sucesores contra la señora Clementina González de Tenorio;

"2º Declarar que el mismo doctor Caicedo debe pagar por este honorario a los mismos doctores Muñoz O. y Chaux la suma de dos mil trescientos pesos oro legal (\$ 2,300), suma que debe pagarles dentro de los seis días siguientes al de la notificación de esta sentencia;

"3º Reconocer a favor del doctor Hernando Caicedo el pago hecho a los doctores Camilo Muñoz O. y Francisco José Chaux de la suma de seiscientos treinta y ocho pesos oro con cincuenta centavos, que se descomponen así: seiscientos pesos por cuenta de honorarios profesionales, y treinta y ocho pesos cincuenta centavos por gastos, todo lo cual se refiere al juicio de que trata el punto primero de esta sentencia;

"4º Declarar que el mismo doctor Caicedo pagará a los mismos doctores Muñoz O. y Chaux con los dos mil trescientos pesos oro los intereses legales de esta suma desde la fecha que terminó el juicio de que trata el punto 1º hasta la fecha del pago;

"5º Negar la petición subsidiaria de la demanda principal por no brindar el juicio elementos para hacer la declaración en ella contenida;

"6º Declarar que los doctores Camilo Muñoz O. y Francisco José Chaux, abogados de profesión, mayores de edad, y vecinos de Popayán, deben pagar al doctor Hernando Caicedo solidariamente la suma de cien pesos oro legal dada en préstamo por éste a aquéllos, pago éste que harán dentro de los seis días siguientes al de la notificación de esta sentencia;

"7º Absolver a los doctores Camilo Muñoz O. y Francisco José Chaux de los cargos formulados por el doctor Hernando Caicedo en la demanda de reconvencción de que tratan los puntos 2º y 3º de dicha demanda;

"8º Negar la petición subsidiaria por no haber elementos en el juicio para hacer la declaración en ella contenida, en la demanda de reconvencción;

"9º Declarar probado el pago en parte hecho por el doctor Hernando Caicedo a los doctores Camilo Muñoz O. y Francisco José Chaux, sobre la cantidad determinada en el punto 1º de esta sentencia, y en la cuantía y forma de que trata el punto 3º de este mismo fallo;

"10. Declarar probadas las excepciones perentorias propuestas a la demanda de reconvencción por los demandados doctores Muñoz O. y Chaux, consistentes en

falsedad en parte, inexistencia en parte y falsedad en parte de la causa de la obligación determinada en la demanda de reconvencción; y

"11. Absolver a los demandados de ambas demandas en las costas pedidas respectivamente."

Por apelación del demandado, el Tribunal Superior de Cali en sentencia de fecha 22 de agosto de 1929, reformó la de primera instancia en estos términos:

"1º Condénase al doctor Hernando Caicedo a pagar al doctor Francisco José Chaux dentro del término que fija el artículo 869 del Código Judicial la cantidad de mil novecientos pesos (\$ 1,900) en moneda legal, y los correspondientes intereses legales, a partir de la fecha fijada por el Juez;

"2º Condénase a los doctores Francisco José Chaux y Camilo Muñoz O., a pagar al doctor Hernando Caicedo la cantidad de cien pesos (\$ 100), dados en préstamo por éste a aquéllos, pago que harán dentro del respectivo término legal;

"3º Reconócese a favor del doctor Hernando Caicedo el pago hecho a los doctores Francisco José Chaux y Camilo Muñoz O. de la suma de seiscientos pesos (\$ 600), imputable a los honorarios;

"4º Absuélvase al doctor Hernando Caicedo de los demás cargos de la demanda principal, como de la subsidiaria; y

"5º Absuélvese igualmente a los doctores Francisco José Chaux y Camilo Muñoz O. de los otros cargos que contiene la demanda de reconvencción."

El demandado interpuso casación.

Es admisible el recurso, el cual se basa en la primera y segunda causales.

Primer cargo. Errónea apreciación de hecho y de derecho de los siguientes documentos: carta dirigida por Hernando Caicedo, de Palmira, a Francisco J. Chaux de fecha 23 de octubre de 1918 (f. 13, c. 12); carta del mismo dirigida de Palmira a Camilo Muñoz y F. J. Chaux, conjuntamente, de fecha 7 de diciembre de 1918 (f. 20, id.); carta dirigida por Muñoz O. & Chaux (Camilo Muñoz O.), de Popayán, a Hernando Caicedo, con fecha 15 de febrero de 1919 (f. 41 id.); carta dirigida por los mismos, de Popayán, a Esteban Tenorio, con fecha 5 de marzo de 1919.

El cargo versa sobre la parte de la sentencia en que al examinar el Tribunal el punto cardinal del litigio, de si "Hernando Caicedo se obligó de manera clara y terminante a responder al doctor Chaux por el pago de los honorarios correspondientes al desempeño del mandato conferido al último por la señora González de Tenorio," asienta esta conclusión: "En sentir del Tribunal, hay plena prueba de que el doctor Caicedo se obligó libre y deliberadamente a pagar al doctor Chaux los honorarios que devengara por el desempeño del mandato de la señora González." En apoyo de esta conclusión aduce como prueba, en primer término, la carta de fecha 23 de octubre de 1918 arriba citada, reforzada por la de 7 de diciembre del mismo año.

Duce el recurrente del error evidente de hecho de las pruebas que enunció al formular su cargo, la violación de los artículos 2147 y 2184 del Código Civil, por no haberlos aplicado el Tribunal.

Es indudable, argumenta el recurrente, que tomando aisladamente los pasajes de las cartas tenidas en cuenta por el Tribunal, inducen a pensar que Caicedo contrajo como principal obligado el compromiso de pagarles a Muñoz & Chaux el valor de los honorarios como aboga-

dos de Clementina de Tenorio, en el juicio de divorcio seguido por su marido contra ella. Empero si aquella corporación hubiese hecho un análisis cuidadoso de las cartas citadas, entonces habría llegado a la conclusión de que Caicedo nunca tuvo el ánimo de adquirir como deudor principal la obligación de pagar a los demandantes lo que ellos pidieran por honorarios por el desempeño del referido poder de la señora González.

Y para demostrar esta tesis transcribe la parte inicial de la primera carta, o sea la dirigida por Caicedo a Francisco J. Chaux el 23 de octubre de 1918, que dice:

"Por oportuna e inteligente indicación de nuestro buen amigo y maestro presbítero B. Mercado B., me dirijo a ti para incluirte dos poderes, uno general y otro especial, que te envía la señora Clementina González de Tenorio. Esta señora pretende a todo trance y a costa de cualquier gasto, que no produzca ningún efecto civil la equivocada sentencia dictada con fecha 18 de febrero de 1915 por el Provisor y Vicario General....."

Hasta aquí la cita. Sin esfuerzo alguno se comprende, agrega el recurrente, que lo que Caicedo hacía no era otra cosa que recomendar un negocio ajeno, y si se quiere extremar el concepto, garantizar que llegado el caso pagaría los honorarios que por las gestiones del asunto recomendado por él devengara quien iba a gestionarlo,

Y para confirmar esta interpretación de la carta de Caicedo, el recurrente invoca la carta dirigida por Muñoz & Chaux a aquel mismo con fecha 15 de febrero de 1919 en que le decían:

"Nos permitimos manifestar a usted, a fin de que se sirva ponerlo en conocimiento de la señora Clementina González de Tenorio, que el valor total de nuestros honorarios es de \$ 3,000 oro legal."

Es decir, de modo expreso y terminante aceptaron entonces que la obligación de pagar los honorarios era de la señora González. En confirmación de esto mismo existe la carta de Muñoz & Chaux dirigida el 5 de marzo de 1919 a Esteban Tenorio, hijo de aquella señora, acerca de lo equitativo que era lo que habían pedido por honorarios, y termina:

"En todo caso deseamos una respuesta decisiva sobre el particular de la señora Clementina G. viuda de Tenorio."

De todo esto se concluye—dice el recurrente—que los apartes de las cartas que, consideradas aisladamente, condenan en apariencia al demandado Caicedo, deben interpretarse concatenándolas con aquella otra en que claramente expresaba él que el poder para que fuese representada en el juicio de divorcio lo enviaba la señora de Tenorio, hacía conocer cuál era su pretensión. Tanto los demandantes como el Tribunal se acogen a las cartas de 23 de octubre y 7 de diciembre de 1918, para deducir de su contexto la obligación a cargo del demandado Caicedo; es decir, admiten que en tales cartas se hallan consignadas las cláusulas del convenio entre Caicedo, por una parte, y Muñoz & Chaux por otra.

Este es un resumen del cargo que, entresacándolo del largo alegato que es más bien propio de instancia, puede calificarse de motivo de casación.

Se considera:

La sentencia del Tribunal no plantea el problema de este litigio bajo el aspecto jurídico sencillo que estima el recurrente; ni se limita a hallar fundamento tan solamente en los apartes de las cartas de 23 de octubre y 7 de diciembre de 1918, procedentes de Caicedo y arriba citadas; ese fallo abarca el conjunto de pruebas presen-

tadas por ambas partes litigantes para sentar esta base a su decisión:

1º “Que la señora Clementina González de Tenorio confirió al doctor Francisco José Chaux un poder especial en que lo faculta para que ‘inicie, siga y termine las diligencias o juicio a que haya lugar a fin de obtener la restitución *in integrum* en virtud de la sentencia de divorcio dictada por el Provisor y Vicario General del Arzobispado de Popayán con fecha 18 de febrero de 1918, a fin de ser restituida a mis derechos de mujer casada legítimamente con el señor Primitivo Tenorio....”

2º “Que entre el doctor Chaux y la González no se tocó el punto de los honorarios, a lo menos de modo directo; pero sí se trató, y no sólo se trató sino que se arregló seriamente entre aquél y Caicedo, el segundo de los cuales echó sobre sí la obligación de pagar al primero el valor de sus gestiones.

3º “Que este último se obligó de manera clara y terminante a responder a Chaux por el pago de los honorarios correspondientes al desempeño del mandato que le confirió la González.”

Desde otro punto de vista, más importante y decisivo, considera el Tribunal que Caicedo no fue simplemente intermediario que facilitase para la González la procuración de Muñoz & Chaux, sino que él mismo se constituyó mandante, porque, dice la sentencia, “el doctor Caicedo tenía un interés muy grande en el negocio constitutivo del encargo hecho por la viuda de Tenorio, lo cual está probado con plenitud con lo dicho por aquél al doctor Chaux en las cartas y telegramas que obran en el proceso. “Procura—dice la carta del 23 de octubre de 1918—por cuantos medios estén a tu alcance salvar este asunto. Yo te respondo por tus honorarios. Obteniendo en él buen éxito puedes pasar tu cuenta por \$ 1,000 oro o más que te serán pagados inmediatamente. No lo descuides un instante, pues es bellissimo y de suma trascendencia. Si necesitas dinero avisámelo.”

“Vuelvo a repetirles—dice la carta de 7 de diciembre de 1918 dirigida a los doctores Chaux y Muñoz—que los honorarios de ustedes están muy seguros; yo respondo por ellos. Si ustedes por cuenta de ellos necesitan algo no tienen sino que avisarme. Yo tengo mucho gusto de cumplir con el sagrado deber de pagar a ustedes lo que me cobren.”

¿Y cuál era ese vivísimo interés que ponía a Caicedo en la condición de mandante prevista en el artículo 2146 del Código Civil? Contempla esta disposición entre varios casos el siguiente: “Si el negocio interesa juntamente al que hace el encargo (Caicedo) y al que lo acepta (Muñoz y Chaux y un tercero (la González), habrá verdadero mandato.” En este caso el encargo no es la simple recomendación de que habla el artículo 2147 sino que constituye entre el que hace el encargo y quien lo acepta y desempeña, el contrato de mandato.

El interés pecuniario de grande importancia que ha impulsado a Caicedo a intervenir en el asunto “se palpa—dice la sentencia—desde el principio hasta el fin del proceso y brilla con el vivo fulgor de una verdad evidente.” En el presente caso narrar es demostrar. “Hacia algún tiempo que Primitivo Tenorio, marido de Clementina González, había establecido ante el Juez Eclesiástico, demanda de divorcio, el cual fue decretado una vez que se surtió el juicio correspondiente. Esta sentencia, en razón de la causa que la produjo, reportaba para la divorciada la pérdida de sus gananciales o su porción conyugal.”

Que Caicedo se moviera a compasión era cosa natural en alma cristiana; pero no se limitó a este sentimiento sino que cálculos y esperanzas de otro orden brotaron en él. “Ahora resulta—dice en la citada carta de 23 de octubre—que el marido Tenorio se encuentra de muerte, se espera que fallezca hoy, y deja una gran fortuna (unos \$ 300,000 oro), y ella, cosa muy humana, desea su mitad de gananciales o su porción conyugal. Y para obtener una u otra cosa es valla infranqueable la sentencia de divorcio. ¿Cómo se podría invalidar esa sentencia para que le toque algo a la señora?”

Y en esa misma carta se revela el hecho de que no era un simple servicio el que prestaba Caicedo a la interesada de ponerla en comunicación con el abogado Chaux, sino que allí toma su autor la dirección del asunto en las operaciones, digamos tácticas, que habían de desarrollarse hasta llegar al objeto útil que en pro suyo se proponía. La carta es un pliego de instrucciones que responden a los diversos aspectos jurídicos del asunto, cuyo estudio penetró a las reconditeces del Derecho Canónico, y la copiosa correspondencia epistolar y telegráfica que le siguió, demuestran el vigilante estudio y consagración que al asunto prestó Caicedo por medio de los aparentes abogados de la señora González para ver de lograr la realización de estos dos objetos: que la sentencia definitiva sobre divorcio quedase anulada en actuación y por auto de carácter interlocutorio, y que la González le vendiese a Caicedo y a uno de sus hijos “todos los derechos que tiene dependientes de la sociedad y de la sucesión por causa de muerte de su esposo ya citado; y consecuentemente también, todo lo que en razón de tal sociedad y sucesión le corresponda o pueda corresponderle al liquidar la primera y partir los bienes de la segunda,” todo por el precio de \$ 50,000 (escritura número 117, Notaría de Palmira, fecha 30 de noviembre de 1918). En toda esa gestión y logro del plan preconcebido con el fin de que Caicedo viniese a ser copartícipe en la sociedad conyugal Tenorio-González y asignatario del esposo divorciado, jamás aparece la González sino en dos ocasiones: para otorgar un poder a los abogados demandantes, y para vender al demandado la mitad de sus derechos en la sociedad conyugal y sucesión citadas.

Cuando ya obtuvo Caicedo la venta de derechos, al punto dirigió a Chaux la carta de 7 de diciembre de 1918 que contiene esta expresiva promesa: “Vuelvo a repetirles que los honorarios de ustedes están muy seguros; yo respondo por ellos. Si ustedes por cuenta de ellos necesitan algo, no tienen sino que avisarme. Yo tengo mucho gusto de cumplir con el sagrado deber de pagar a ustedes lo que me cobren.” Y agrega: “El doctor Antonio J. Bonilla obra en este asunto por cuenta mía, para ocultar un poco mi nombre y dar menos sospechas.”

Toda esta narración basada en numerosas pruebas que obran en el proceso, demuestran estas dos conclusiones: 1ª, que desde el 23 de octubre de 1918, fecha de su primera carta a Chaux, en que inició su negociación, hasta el 29 de noviembre del mismo año, en que adquirió en compra parte de los derechos de Clementina González, Caicedo obró como un tercero interesado en alto grado en el negocio del divorcio, gananciales y herencia de Clementina González, juntamente con ésta, y las gestiones encomendadas por él a Muñoz & Chaux constituyen un mandato, de acuerdo con el artículo 2146 del Código Civil; 2ª, que del 29 de noviembre hasta hoy ese interés creció, porque no fue ya un tercero en ese asunto sino un causahabiente de Clementina González, que había otorgado poder a Muñoz & Chaux para tales negocios, el cual no fue revocado, y antes bien, la representación que

éstos tenían de ella, fue confirmada en la persona de su sucesor, pues continúa con mayor interés su intervención, no ya como un tercero sino como dueño de los derechos que habían pertenecido a la González.

Al declarar el Tribunal que no hubo contrato de mandato entre el doctor Caicedo y los doctores Chaux y Muñoz O., violó el artículo 2146 del Código Civil, violación insuficiente para casar la sentencia, ya que la Corte adopta las mismas conclusiones a que llegó el inferior, por las razones expuestas atrás. (Artículo 12 de la Ley 90 de 1920, inciso último).

El cargo que se comprende en los tres capítulos de la demanda, que impropiaamente llama el recurrente primera, segunda y tercera causal, es por tanto infundado.

Segundo cargo: Error evidente de hecho y de derecho también en la apreciación de la prueba pericial que se ha creado en el proceso para fijar el monto de la obligación que se demanda de Caicedo. Tal prueba la constituyen dos exposiciones de peritos verificadas en épocas distintas: la una el 30 de noviembre de 1921; la otra el 15 de marzo y 1º de abril de 1922. Los peritos de la primera diligencia avaluaron los honorarios demandados en \$ 2,500 oro; los que intervinieron en la segunda los apreciaron en \$ 300.

El Tribunal acogió el primer dictamen, tanto "por ser legalmente eficaz por no haberse comprobado que los peritos procedieron desafortunadamente por error esencial, dolo o ignorancia, como por el peso de las razones en que sus autores la fundan y porque conceptuaron teniendo a la vista el respectivo proceso." Y no aceptó el dictamen segundo rendido por los peritos en 1922, porque éstos lo dieron en Palmira, lugar en donde no se habían surtido las gestiones judiciales, "sin conocer plenamente la actuación y sólo con datos que les fueron suministrados."

El recurrente acusa de error evidente de hecho la estimación preferente.

Se refiere este cargo a la preferencia que presta el fallo del Tribunal al dictamen de los peritos Navia y Córdoba, sobre el rendido por los expertos Cucalón, Luna y Pizarro, para fijar el monto de la obligación que por honorarios profesionales contrajo Caicedo para con Chaux.

Ese primer dictamen, expresa la sentencia, es legalmente eficaz por no haberse comprobado que los peritos procedieron desafortunadamente por error esencial, dolo o ignorancia, y es aceptable, tanto por esto como por las razones en que sus autores lo fundan y porque conceptuaron teniendo a la vista el respectivo proceso. No sucede lo propio, agrega la sentencia, con el dictamen de Pedro A. Luna y Mario Cucalón, que lo dieron en Palmira y no en el lugar en que se había surtido el juicio de divorcio, sin conocer plenamente la actuación y sólo con datos que les fueron suministrados.

El recurrente tacha de error evidente de hecho estos conceptos, ya porque tanto los primeros peritos, cuyo dictamen acoge el Tribunal, como los que dictaminaron posteriormente, tuvieron a la vista para su estudio todos los escritos que el abogado Chaux elaboró y presentó en representación de Clementina González en el mencionado juicio de divorcio; y todos ellos están de acuerdo en que fueron muy pocas las gestiones que Muñoz & Chaux tuvieron que hacer para conseguir lo que se proponían en el asunto encomendado a su cuidado; de modo que ninguna duda cabe acerca de la escasa labor que les fue preciso llevar a cabo.

Cuanto al mérito intrínseco de esa labor, ya considerada en sí misma, ya en sus resultados jurídicos permanentes y eficaces, considera el recurrente que también incidió el Tribunal en un error evidente de hecho al esti-

mar como decisivo el dictamen de los peritos Córdoba y Navia, anteponiéndolos a los más acertados que dieron los peritos Cucalón y Luna. "Es incuestionable, dice el primero, que las gestiones verificadas por los doctores Chaux y Muñoz O. influyeron en el éxito del negocio en general, pero no es ésta razón suficiente para cobrar por su trabajo una suma tan escandalosa (\$ 3,000), porque propiamente no hubo un extenso trabajo jurídico, pues basta leer despaciosamente los seis memoriales presentados por ellos en el juicio de divorcio mencionado, para comprender que sólo el primero tiene intenso trabajo jurídico, pues los otros se refieren sólo a cuestiones procedimentales que no le demandaron al doctor Chaux un excesivo esfuerzo intelectual." Este perito avaluó los servicios profesionales en \$ 300 oro legal.

La misma estimación hizo el experto Luna, quien intervino como tercer evaluador, ya que el segundo llegó a la conclusión de que las gestiones del abogado Chaux carecían de valor, por razones que no es del caso reproducir. Luna expone como fundamento de su apreciación que "en la gestión hecha por el doctor Chaux ante la Curia de Popayán no hubo lucha jurídica, no hubo contradicción porque no hubo contraparte, debido a que la Curia declaró de plano la nulidad pedida. La contraparte apeló de la sentencia porque pudo apercibirse de lo que ya estaba hecho en su contra. Otra cosa hubiera sido si se sigue el juicio ordinario que debió seguirse."

Los primitivos expertos que intervinieron en este asunto y cuyo dictamen acoge el Tribunal, coinciden con los arriba expresados en la opinión de que no son ciertamente muy numerosos ni muy extensos tampoco los escritos de los abogados de la señora González en el juicio de divorcio, pero todos los memoriales por ellos suscritos son decisivos y acertados; y esto en nuestro concepto es la mejor recomendación que puede procurarse un abogado."

Y aparte de estas actuaciones de calidad meramente judiciales, aquellos expertos toman también como elementos de estimación de los honorarios, la faz comercial del asunto que fue muy ventajosa para el demandado Caicedo. Como resultado final, dicen ellos: "en el expediente figura una escritura pública por la cual la señora González viuda de Tenorio, vendió al doctor Hernando Caicedo sus derechos en la sucesión de su marido y en la sociedad conyugal, por la suma de \$ 50,000 oro y esa venta vino a ser eficaz para el comprador por la declaración de nulidad obtenida en la Curia." Los gananciales de la señora, según propia confesión del apoderado de Caicedo, ascendían, según la partición de la sociedad conyugal Tenorio-González, a \$ 200,000, que si no los recibió totalmente la cónyuge, la mayor parte de esa suma vino a parar a manos de sus cesionarios Esteban Tenorio y Hernando Caicedo, a virtud de la venta que aquella señora les hizo de tales derechos por la escritura número 117, Notaría 3ª de La Pradera, de fecha 29 de noviembre de 1928. La mayor parte de la correspondencia de Caicedo con Muñoz & Chaux versa sobre el giro de sus negociaciones, inclusive la transacción entre la González y los herederos de Tenorio, que dieron por resultado que los derechos de gananciales fuesen adquiridos por Caicedo.

Y tan comprendió éste que la intervención de Chaux no había de limitarse a las gestiones de abogado de la González ante la Curia de Popayán, las cuales eran apenas uno de los medios para conseguir el fin que se proponía de adquirir con ventajas comerciales los derechos

de aquella señora en la sociedad conyugal, que desde su primera carta en que solicitó de Chaux sus servicios profesionales trazó un plan general que miraba a la "gran fortuna (unos \$ 300,000 oro) que el esposo de la González dejaría a su muerte y que ésta, cosa muy humana, desea su mitad de gananciales o su porción conyugal." Desde entonces en esa carta, Caicedo consideraba el asunto "bellísimo y de suma trascendencia," que si tenía buen éxito podía Chaux "pasar su cuenta por \$ 1,000 o más." Y en la carta de fecha 16 de noviembre de 1918 no aparece Caicedo como un mero introductor de la señora González sino que explana y ordena a Chaux un plan que abarca desde las actuaciones curiales en Popayán en primera instancia y en la Curia de Cali en segunda, en donde "puede suceder que todo se arregle sin tropiezos de ningún género y sin contraparte porque ésta ignora totalmente lo que está sucediendo" y en donde "él será el apoderado de la señora" hasta trazar de modo preciso la estrategia para vencer las dificultades que iban presentando los hijos legítimos de Tenorio, los cuales "han tenido a la madre asediada a agasajos y por último le propusieron que les hiciera escritura de venta a ellos de los derechos que le pudieran corresponder en la sucesión de Tenorio."

Y todavía más se proponía Caicedo en su plan de hacerse a los derechos de la viuda. "Esto sin embargo —agrega en la referida carta— no es suficiente. Hay que hacerla otorgar una escritura de venta para que los hijos pierdan todo interés y no vuelvan a buscar a la madre. Bien comprendo que a pesar de la escritura de venta, hay que tenerla segura, pues subsiste el peligro de que retire el poder que tiene dado en el juicio eclesiástico. Con este paso nos evitaremos enemigos que pueden arrebatarnos tan buena cliente."

Y en demostración de que Caicedo consideraba a Muñoz & Chaux no tan sólo como sus abogados en el pleito eclesiástico, aparece otro pasaje de la misma carta: "Como yo quiero proceder en todo de acuerdo con ustedes les adjunto la póliza que he hecho. Si a ustedes les parece bien, ruégoles decírmelo por telégrafo, y en caso contrario decírmelo también por telégrafo para postergar el otorgamiento de la escritura." Y les consultaba también: "¿Con esa escritura perderá la señora o sus cesionarios la acción rescisoria?" Y prosigue la referida carta en una serie de consultas que previniendo el evento de pérdida del asunto de divorcio tal como lo traía desarrollado en apelación Chaux ante la Curia de Cali, propone como remedio otras acciones judiciales ulteriores.

Se podría abundar en otras citas de la correspondencia de Caicedo que demuestran lo mismo; pero no deben omitirse estas dos que comprueban con el mismo dicho de la parte recurrente que jamás, ni desde los principios en que, a propósito de la gestión del asunto en sus diversos aspectos, Caicedo solicitó la intervención de Muñoz & Chaux, estimó que los honorarios de éstos pudieran reducirse a \$ 300, sino que en la primera carta suya, iniciadora del negocio, le decía a Chaux: "Obteniendo en él buen éxito puedes pasar tu cuenta por \$ 1,000 oro o más, que te serán pagados inmediatamente." Y en el año de 1919, cuando Caicedo era ya dueño de los derechos que le correspondían a la González en coparticipación con Esteban Tenorio, tomaron ambos en consideración la cuenta de honorarios que cobraban Muñoz & Chaux, y Caicedo les dijo en carta de 19 de marzo de 1919 lo siguiente: "A Esteban Tenorio se le hizo caro el honorario de ustedes. Trato de hacer una componenda con él y ver si quedo en \$ 2,000. ¿Les parece?"

La persona que en aquellas dos épocas ofrecía como honorarios espontáneamente más de \$ 1,000 al iniciar el negocio y luego \$ 2,000 cuando estaba terminado, es la misma que por medio de apoderado aboga en favor del dictamen pericial que fija los emolumentos en \$ 300 y combate como evidentemente erróneo el primer avalúo pericial que los estima en \$ 2,500.

El cargo resulta, por tanto, infundado.

Tercera causal. No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandado.

Esta causal es la segunda, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

"El Tribunal no reconoció—dice el recurrente—la existencia de la excepción perentoria que el artículo 479 del Código Judicial enuncia en su ordinal 11.

"De otro modo el Tribunal habría tenido que admitir que el doctor Caicedo apenas fue fiador de la señora de Tenorio en el pago de los honorarios al doctor Chaux. Y en este caso forzosamente habría concluido que por la fianza no tomó el carácter de deudor solidario, como lo he demostrado en el punto anterior."

Se considera:

Es base fundamental de esta sentencia, según se ha demostrado con toda claridad, que el doctor Caicedo se obligó a pagar los honorarios al doctor Chaux como deudor principal y no como simple fiador.

"La violación del artículo 51 de la Ley 105 de 1890 no da lugar a casación de la sentencia." (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo I, número 1593).

La causal alegada, que es improcedente, la funda el recurrente en el citado artículo 51.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide:

1º No es casable la sentencia dictada en este juicio el veintidós de agosto de mil novecientos veintinueve por el Tribunal Superior de Cali.

2º Se condena al recurrente al pago de las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

El señor Emilio Restrepo G. presentó una demanda contra el Municipio de Medellín encaminada a obtener en sentencia definitiva estas declaraciones:

"Primera. Que el Distrito de Medellín está obligado a concluir la rectificación del cauce del río Medellín, hasta un poco arriba del puente del Mico, de tal suerte que el nuevo cauce sea continuación del que se hizo como rectificación hasta el puente llamado de Don Jorge, según consta en el plano levantado para la rectificación y a que hace referencia la escritura número 1710 mencionada en los hechos fundamentales.

"Segunda. Que está obligado a devolver el río al cauce rectificado y excavado de acuerdo con la obligación del punto anterior y a sostenerlo allí de manera permanente.

"Tercera. Que tiene el deber de sembrar sauces al borde de todo el cauce rectificado, y a hacer las estacadas de tal suerte que impidan la salida del río.

"Cuarta. Que me debe pagar la cantidad de cinco mil pesos de oro (\$ 5,000), o el valor que fijen peritos nombrados por las partes en este mismo juicio, como perjuicios ocasionados por la destrucción del edificio de la máquina de caña, de ésta y de la caída de agua, que había en mi propiedad, destrucción que hizo el río Medellín por no correr por el cauce rectificado.

"Quinta. Que me debe pagar diez mil pesos de oro (\$ 10,000) o la que fijen peritos nombrados por las partes en este mismo juicio, como perjuicios ocasionados por el no cumplimiento del contrato que consta en la escritura número 1710, de 15 de agosto de 1917, otorgada ante el Notario 3º de Medellín, y a que se refieren las declaraciones anteriores, y por haber puesto a correr el río por el cauce rectificado sin estar concluida la rectificación.

"Sexta. Que me debe pagar también las costas y los costos de este juicio."

Son estos los hechos indicados en la demanda:

"a) Por medio de la escritura número 1710, de 15 de agosto de 1917, otorgada ante el Notario tercero de Medellín, el Distrito de Medellín adquirió para conmigo las siguientes obligaciones:

"1ª Continuar la rectificación del río Medellín, del puente llamado *Don Jorge* para abajo, empezando tal rectificación desde un poco arriba del citado puente, de tal manera que el nuevo cauce sea exactamente continuación de la parte que hoy existe rectificada, y terminando un poco más arriba del puente del *Mico*;

"2ª Sostener el río en el cauce que se excave de acuerdo con el compromiso anterior, de una manera permanente y sin que pueda dejarlo salir en ningún tiempo;

"3ª Devolver el río al cauce excavado cada vez que se salga de él, en el menor tiempo que sea posible;

"4ª Pagar el valor de los perjuicios ocasionados por la destrucción total o por daños parciales, por las salidas del río del cauce rectificado, en el edificio de la máquina para moler caña que tenía en mi propiedad, o en la caída del agua de la misma máquina;

"5ª Sembrar sauces a lo largo de la cortada del río, y a poner estacones de sauces en el mismo trayecto y cercar con alambre.

"b) El Distrito de Medellín no concluyó la rectificación iniciada, pues suspendió los trabajos un poco más abajo del puente llamado de *Don Jorge*.

"c) El río Medellín se salió del cauce rectificado o nuevo hace unos tres años aproximadamente, cogió por terrenos de mi propiedad, los llenó de cascajo, arenas y malezas, haciéndolos improductivos, y no siguió corriendo por la parte rectificada del cauce;

"d) El Distrito no ha hecho obra alguna para hacer que el río vuelva a la parte del cauce que está rectificada, y parece que no la hará;

"e) Por el hecho de haber puesto a correr el río por el cauce rectificado, sin la rectificación haber terminado, se desvió por mi propiedad y me causó los daños de que he hecho mérito;

"f) En el año de 1920 me dirigí al honorable Concejo de Medellín reclamándole el cumplimiento del con-

trato, y el 16 de marzo de ese año me avisó que había pasado las diligencias al Ingeniero Municipal para que revisara los trabajos de rectificación del río, y para que procediera a complementar las obras;

"g) Lo que se dice en la mencionada contestación no se cumplió, por que los males de que me quejé no recibieron ningún remedio;

"h) En 1922 solicité al mismo Concejo, por segunda vez, el cumplimiento del contrato y el pago de perjuicios, y se me contestó que no estando probados ninguno de los hechos en que me fundaba, no accedía a mi petición, cuando para convencerse de lo que yo afirmé bastaba leer la escritura mencionada ya, y ver el terreno en cuestión;

"i) El Distrito tampoco sembró los sauces a lo largo del río ni hizo las estacadas totalmente, y por consecuencia de la salida de aquél del cauce rectificado, destruyó otras sauceras que había en mi propiedad, lo mismo que unas plantaciones de caña como en una extensión aproximada de siete cuadras;

"j) El mismo río, por consecuencia de haberse salido del cauce excavado, destruyó la máquina para moler caña, el edificio, la caída de agua, etc."

Como razones de derecho, el demandante apuntó que todo contrato es una ley para los contratantes, que debe cumplirse de buena fe, y que en las obligaciones de hacer el acreedor debe pedir, junto con la indemnización de la mora, que se apremie al deudor para la ejecución del hecho.

El señor Personero Municipal de Medellín contestó la demanda en el sentido de rechazar la acción deducida y propuso las excepciones de nulidad de la obligación, petición antes de tiempo o de un modo indebido, por no haberse formado antes el Tribunal de arbitramento que el contrato prevé, la de caso fortuito o accidente inopinado e invencible, y la de todo acto en virtud del cual se declare inexistente la obligación que se demanda, o cumplida, en caso de existir.

El señor Juez 1º en lo Civil del Circuito de Medellín, en sentencia de seis de marzo de mil novecientos veintiséis, falló así la controversia:

"1º Se absuelve al Distrito de Medellín del primer cargo formulado en la demanda;

"2º Se le condena a devolver el río al cauce rectificado de que habla la escritura número 1710, que se ha citado, y a concluir la siembra de sauces y las estacadas a todo lo largo de la rectificación, de manera que impidan la salida del río.

"3º En juicio distinto se determinarán los perjuicios provenientes de no haber cumplido el Municipio la obligación en que estaba de volver en el menor tiempo posible el río al cauce rectificado y de sembrar sauces y construir estacadas en toda la extensión rectificada.

"4º Se condena al Municipio a pagar al señor Emilio Restrepo G. la cantidad de dos mil novecientos sesenta y seis pesos, con sesenta y seis centavos oro (\$ 2,966-66), como perjuicios causados por la destrucción del edificio de la máquina para moler caña, de ésta y de la caída del agua de la misma, que había en la propiedad del demandante y que destruyó el río al desviarse de su cauce."

Apelaron las partes, y el Tribunal Superior de Medellín pronunció la sentencia de alzada el once de septiembre de mil novecientos veintinueve. Hé aquí su parte resolutiva:

"Por tanto, el Tribunal Superior, obrando en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el

numeral 1º de la sentencia apelada y revoca los numerales 2º, 3º y 4º de dicha sentencia, y en lugar de éstos, falla:

“Primero. Condénase al Municipio de Medellín a devolver el río del mismo nombre al cauce rectificado y excavado de acuerdo con el contrato contenido en la escritura pública número mil setecientos diez (1710), otorgada el día quince de agosto de mil novecientos diez y siete (1917) ante el Notario 3º del Circuito de Medellín, y a sostenerlo allí de manera permanente, de acuerdo con lo estipulado en la misma escritura.

Segundo. Se absuelve en cuanto a las peticiones *tercera, cuarta, quinta y sexta* de la demanda.”

La cónyuge sobreviviente del demandante y los herederos de éste interpusieron recurso de casación, que fundaron ante el Tribunal.

Un apoderado de los mismos presentó ante la Corte una demanda que contiene numerosos cargos.

Admitese el recurso, por hallarse en las condiciones legales en orden a la cuantía y a la naturaleza del asunto, y se procede a decidirlo.

El apoderado invoca las causales 1ª y 2ª del artículo 2º de la Ley 169 de mil ochocientos noventa y seis.

Cuanto a la segunda, expresa que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante, porque éste en las peticiones 4ª y 5ª del libelo demandó genéricamente por perjuicios y en la sentencia el Tribunal limitó dichos perjuicios a determinados puntos.

A esto se observa que el sentenciador absolvió por los cargos contenidos en las peticiones 4ª y 5ª y es sabido que una absolución resuelve los puntos a que ella se refiere. Si el Tribunal cometió error al interpretar las peticiones de que se trata, el cargo es materia propia de la primera causal.

Otro motivo de esta causal consiste en que en la parte dispositiva del fallo impugnado nada se resolvió sobre las excepciones perentorias. En la parte motiva se dijo que no estaban probadas, pero era necesario decidirlo en la resolutive, según el artículo 835 del Código Judicial, que ha sido violado.

Advierte la Corte que si el Tribunal no encontró probada la acción respecto de algunas peticiones, no tenía por qué fallar expresamente acerca de las excepciones; fuera de que este punto a quien interesa es al demandado, quien no recurrió en casación.

Viniendo ya a la primera causal, se aduce, ante todo, como motivo para infirmar el fallo, la violación directa del 2º inciso del artículo 391 del Código Judicial.

Durante la segunda instancia, el demandante pidió la exhibición del plano a que se refiere la escritura número 1710, que contiene el contrato celebrado para la rectificación del río, con el objeto de que, una vez hecha, se anotara en relación con el croquis que levantaron los peritos en la primera instancia, el lugar donde debió terminar la rectificación del cauce del río.

La exhibición la intentaba el demandante para establecer que el Distrito no había hecho la rectificación hasta el punto a que se obligó de acuerdo con el contrato: así lo vino expresando Restrepo G. desde la demanda, y no convenir en ello sería no admitir la base misma de las alegaciones del demandante al través de todo el expediente. En el proceso hay prueba suficiente de que dicho plano lo tenía el Distrito, pues en el contrato se dijo: “según el plano levantado en la Ingeniería Municipal y que reposa en el archivo de esta oficina.” Por esto y por no haber hecho contradicción oportuna el representante del

Municipio, el Tribunal decretó la exhibición en auto ejecutivo.

El plano no fue presentado, como resulta de la manifestación del folio 55 vuelto; luego debe tenerse como probado el hecho que con ese documento se intentaba acreditar, o sea que el Distrito no llevó la rectificación del cauce hasta donde se obligó por el contrato.

No obstante, dice el Tribunal que “la rectificación debía hacerse de acuerdo con el proyecto del Ingeniero del Distrito, según el plano levantado en la Ingeniería Municipal y que reposa en el archivo de esa oficina. No se ha presentado la prueba de cómo era el proyecto del Ingeniero del Distrito, ni de cómo era el plano levantado por la Ingeniería Municipal.”

No era posible presentar el plano desde que lo tenía el Distrito y éste no obedeció en presentarlo, aunque se le ordenó en la acción exhibitoria. “Imposible pretender en esa forma que el demandante presentara el plano, e inaceptable por falta de equidad resulta absolver a un demandado porque, aunque se le ordena, se abstiene de presentar un documento que se le mandó exhibir. Ello sólo hace presumir que la exhibición del documento le era desfavorable.”

Para sancionar tales proceder, el artículo 391 del Código Judicial estableció que se tuviera por probado el hecho; luego si el plano no fue traído por culpa del demandado, debe tenerse por probado lo que Restrepo G. quiso probar con la exhibición, o sea que la rectificación del cauce del río no fue adelantada hasta donde se obligó el Distrito.

Copia el apoderado este párrafo de la sentencia: “En la segunda instancia pidió y obtuvo el demandante un decreto de exhibición del plano de rectificación mencionado en la escritura número 1710.

“El Municipio no hizo exhibición ninguna. Sería, pues, aplicable la sanción establecida en el inciso 2º del artículo 391 del Código Judicial si no fuera porque el demandante no determinó el punto hasta donde debía llegar la rectificación, que era lo que pretendía probar con el plano, según su afirmación. De modo que el incidente no puede tener efecto útil en relación con las probanzas del juicio.”

Lo que el demandante se propuso establecer con la exhibición del plano fue que la rectificación no fue adelantada por el Distrito hasta donde se obligó en el contrato; luego ese debió ser el hecho que el Tribunal debía haber tenido por probado a causa de la no exhibición; y como así no lo declaró el Tribunal, la sentencia violó directamente la disposición del inciso 2º del artículo 391 del Código Judicial.

También alega el apoderado que el Tribunal apreció mal la prueba resultante de la acción exhibitoria, por un error de derecho conforme queda demostrado.

Se considera:

En la demanda se expone que el Distrito de Medellín no concluyó la rectificación iniciada; y en esto se contiene una afirmación: la de que la rectificación está inconclusa, afirmación que tocaba probar al demandante.

Este pidió en la segunda instancia la exhibición del plano aludido en la escritura del contrato, para demostrar con él cuál fue el lugar en donde debió concluir la rectificación, o, lo que para la Corte es lo mismo, que ésta se hallaba inconclusa por no haber llegado la obra a ese lugar.

Decretada la exhibición, el señor Fiscal del Tribunal, que representaba al Distrito, manifestó que, a pesar de sus averiguaciones, no había dado con el plano, agre-

gando que éste no tenía porqué estar en poder de los agentes de la entidad municipal. "Si no lo tiene el demandante, debe estar en el protocolo de la Notaría 3ª de Medellín, citada por el señor Restrepo."

En la escritura número 1710, contentiva del contrato, se estipuló que la rectificación del cauce terminaría un poco más arriba del puente del *Mico*, en el punto marcado en el plano respectivo, el cual reposaba en la oficina de la Ingeniería Municipal. Tal enunciación hace fe contra el Municipio, con arreglo al artículo 1759 del Código Civil. De suerte que si dicho plano salió del poder de aquél, el hecho debió ser comprobado por su representante, lo que ciertamente no hizo.

Síguese de lo dicho que, como el Municipio no cumplió la orden de exhibición, incurrió en la sanción del inciso 2º del artículo 391 del Código Judicial, según el cual ha de mirarse como probado el hecho.

El Tribunal expuso que la sanción no tiene efecto práctico porque el demandante no determinó el punto hasta donde debía llegar la rectificación; pero en esto cometió un error porque el señor Restrepo G., en su memorial de diez y ocho de junio de mil novecientos veintiséis, en que solicitó la exhibición, manifestó que debía anotarse, en relación con el croquis que levantaron los peritos en primera instancia, el lugar donde debía terminar esa rectificación; es decir, que mediante el cotejo del croquis con el plano resultaba la determinación que se perseguía.

Por esto estima la Corte que hubo violación del citado artículo 391 del Código Judicial, lo cual es motivo suficiente para casar la sentencia recurrida.

Para resolver en instancia, se considera:

La primera petición de la demanda se dirige a obtener la declaración de que el Distrito está obligado a concluir la rectificación del río hasta un poco arriba del puente del *Mico*.

Se hará esta declaración, porque, en virtud de la sanción del artículo 391, aparece probado que la rectificación quedó inconclusa.

El Juez admitió que tal rectificación estaba terminada, fundándose en lo expuesto en la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia, la que reza así: "En seguida se procedió a reconocer el cauce rectificado del río, en el trayecto comprendido entre el puente llamado de *Don Jorge* hasta un poco más arriba del puente del *Mico*, cauce que fue abandonado por el río." Mas si bien se mira, la diligencia no dice que estuviera rectificado todo el cauce comprendido entre los dos puentes, sino que significa, o al menos así puede tomarse, que fue que en tal trayecto, que va del primer puente a un punto más arriba del *Mico*, se conoció el cauce rectificado, es decir, la parte que estaba rectificada. Prueba de que la diligencia no está bien redactada, es la circunstancia de que en ella se asevera que el río abandonó el cauce rectificado, cuando sólo abandonó una parte, como se observa en el croquis del folio 16 del cuaderno 2º.

Ni la conclusión de no estar acabada la rectificación del cauce de conformidad con el plano referido en la escritura aparece desvirtuada con la declaración del doctor León Sánchez y los señores Antonio María Melguizo y Manuel J. Álvarez C. El primero dice que cuando él estuvo en la Ingeniería Municipal se efectuó la mayor parte del trabajo, quedando sólo en la parte inferior una extensión de sesenta metros, en los cuales si se inició la canalización de acuerdo con el contrato; pero el testigo no asevera que la obra se hubiera acabado en esta últi-

ma parte. Melguizo declara que, aunque no tiene el plano a la vista, debió haber estado hecha dicha rectificación conforme al contrato escriturario, pues conoce demasiado a Restrepo G., quien sin duda habría reclamado si el trabajo no hubiera satisfecho: se ve que esta es una afirmación por inferencia. Álvarez, al afirmar que el Municipio verificó frente al predio de Restrepo la rectificación del río en la forma estipulada en la escritura, no asegura conocer el plano.

Para la determinación del punto un poco arriba del puente del *Mico*, hasta donde debe llegar la rectificación, se tendrá presente el ya citado croquis del folio 16 del cuaderno de pruebas, que figura como prueba.

La petición segunda del libelo versa sobre la obligación de devolver el río al cauce rectificado y excavado y a sostenerlo allí de manera permanente. Esta obligación fue reconocida en las sentencias de ambas instancias y se sostendrá en la presente, ya que hay prueba del extravío de la corriente.

Se ha dicho que hay incongruencia entre condenar al Municipio a terminar la canalización y condenarlo a devolver el río al cauce rectificado, porque, si está rectificado el cauce, ello quiere decir que está concluido. No lo estima así la Corte, porque es lo cierto que el río fue echado por la parte rectificada hasta empalmar con el cauce viejo antes del punto en donde debía concluir la rectificación y fue de esta parte de donde se salió. (Esto se comprende bien estudiando el mentado croquis).

La tercera petición se refiere a imponerle al Distrito el deber, que por otra parte es contractual, de sembrar sauces al borde de todo el cauce rectificado y de hacer las estacadas de tal suerte que impidan la salida del río.

El señor Juez hizo la condenación al respecto y ella debe ser mantenida, porque si la rectificación del cauce no está concluida, tampoco se ha hecho en dicha parte la siembra de sauces y la construcción de las respectivas cercas de alambre con estacones de sauce. Pero adviértase que el contrato habla de estacones, o sea estacas, y no de estacadas, que consisten en palizadas: sin duda se quiso con los cercos de alambre apoyados en estacas evitar que los ganados se ahogaran en la corriente.

La petición cuarta se encamina a obtener el demandante el pago de cinco mil pesos o el valor que fijen peritos nombrados por las partes en este mismo juicio, como perjuicios ocasionados por la destrucción del edificio de la máquina de caña, de ésta y de la caída del agua, destrucción que llevó a cabo el río por no correr por el cauce rectificado.

El Juez condenó al Municipio a pagar a Restrepo G. dos mil novecientos sesenta y seis pesos, sesenta y seis centavos, en razón de los perjuicios a que se contrae el cargo, el cual aparece acreditado con las declaraciones de José Urdinola, Alfonso Acosta, Elías Naranjo y Pedro Yepes. Estas declaraciones, si bien desechables sobre otros puntos, en éste se hallan contextes. Aun desestimando el testimonio de Urdinola, quedan los de Acosta y Naranjo, quienes se sostuvieron en sus dichos al ser repreguntados por el Agente del Distrito. Los peritos de la primera instancia se fijaron, para hacer el avalúo correspondiente a la indemnización por estos perjuicios, en el valor del edificio y la máquina del ingenio y, cuanto a la caída del agua, en el valor de la rueda hidráulica y sus accesorios. El Juez condenó a la suma susodicha, tomando según se advierte el medio aritmético de los avalúos que rindieron en discordia.

El demandante llamó la atención hacia la circunstancia de que lo pedido no era propiamente el valor de los edificios destruidos, sino el valor de los perjuicios ocasionados.

nados por esa destrucción, es decir, el daño emergente y el lucro cesante sufrido por Restrepo G. a consecuencia de la paralización de la molienda de la caña; mas sólo pidió condicionalmente la aclaración del dictamen, conformándose con él en último caso (memorial de 3 de julio de 1925). Se mantendrá la resolución del Juez, pues no hay motivo para variarla.

La quinta petición rueda sobre los perjuicios (estimados en diez mil pesos o en la suma que fijen peritos), ocasionados por el no cumplimiento del contrato y por haber el Distrito puesto a correr el río por el cauce rectificado sin estar concluida la obra.

El Juez dispuso que en juicio distinto se determinaran los perjuicios provenientes de no haber cumplido el Municipio la obligación de devolver el río al cauce rectificado y de sembrar sauces y construir estacadas, lo que es algo diferente de lo demandado.

Las obligaciones del Distrito son de hacer y en ellas puede pedir el acreedor que se apremie al deudor para la ejecución del hecho o los hechos debidos, junto con la indemnización por la mora, con arreglo al artículo 1610 del Código Civil. Esto es lo que, en el fondo, ha solicitado Restrepo G.; luego es de ley la indemnización de los perjuicios por el retardo en el cumplimiento del contrato, con tanto mayor razón, cuanto en toda infracción de contrato se presume, según conocida jurisprudencia de la Corte, que hay perjuicios; sólo que éstos habrá que fijarlos en otro juicio, por no haber en éste las pruebas necesarias para ello.

Respecto de los perjuicios acarreados, según se dice, por haber el Distrito de Medellín puesto a correr el río por el cauce rectificado antes de concluir la rectificación, ellos se hacen consistir en la pérdida de unos sembrados y en haberse llenado de lodo y cascajo una parte de la finca, en virtud de una grande inundación de la corriente.

El Juez estimó que la verdadera causa de la desviación de las aguas en la parte rectificada fue una muy fuerte avenida del río, pues tal desviación sucedió en el trecho canalizado, en donde no había deficiencias, y que ello constituye un caso fortuito de que no es responsable la entidad demandada.

La Corte también estima que hay datos suficientes para establecer que el desborde de las aguas y la consiguiente inundación del terreno aledaño obedecieron a causas naturales, o sea a las avenidas que los inviernos fuertes producen, y por tal motivo no hará la condena sobre el particular. "De los perjuicios causados por la inundación—añade el Juez—no debe responder, pues, el Distrito, y quizás esto lo vio muy claro el demandante cuando no reclamó inmediatamente indemnización por los gravísimos daños que sufrió su heredad, pues aunque es cierto que estos daños no tenía que pagarlos el Municipio, con todo no se explica qué motivó la demora del señor Restrepo para pedir que se volvieran en el menor tiempo posible las aguas a su cauce primitivo, ya que ésta sí era una obligación indiscutible a cargo del Distrito."

En la petición sexta se solicita la condenación del Municipio en las costas procesales; pero semejante solicitud es ilegal si se tiene presente el contenido del artículo 35 de la Ley 100 de mil ochocientos noventa y dos.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia a que se refiere el presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en la fecha susodicha, y

en su lugar reforma la sentencia de primera instancia en los términos siguientes:

1º Se declara que el Distrito de Medellín está obligado a concluir la rectificación del cauce del río Medellín, hasta un poco arriba del puente del *Mico*, según el contrato celebrado entre el Distrito y Emilio Restrepo G. mediante la escritura número 1710, de quince de agosto de mil novecientos diez y siete, pasada ante el Notario 3º de Medellín. Dará principio a esta obra dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria del auto de cumplimiento de esta sentencia.

2º Se declara que el mismo Municipio está obligado a devolver el río al cauce rectificado y excavado de acuerdo con la obligación del punto anterior y a sostenerlo allí de manera permanente.

3º El Distrito de Medellín tiene el deber de sembrar sauces al borde del cauce que falta por excavar y de hacer allí mismo los cercos de alambre con estacas o estacones de sauce, en los términos del contrato citado en el numeral 1º

4º Se condena al Municipio a pagar a Emilio Restrepo G. la cantidad de dos mil novecientos sesenta y seis pesos, sesenta y seis centavos, como perjuicios causados por la destrucción del edificio de la máquina para moler caña, de ésta y de la caída del agua de la misma, que había en la propiedad del demandante y que destruyó el río.

5º El Distrito de Medellín está obligado a pagarle a Restrepo G. el valor de los perjuicios ocasionados por el no cumplimiento total del contrato, los cuales se determinarán en juicio separado.

De los demás cargos de la demanda se absuelve al Distrito.

No están probadas las excepciones, salvo la de caso fortuito, que lo está respecto del cargo contenido en la parte final de la petición 5ª de la demanda.

Sin costas en el presente recurso.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la *Gaceta Judicial* y remítase el expediente al Tribunal de su origen.

Francisco Tafur A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre tres de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Los señores Francisco y Pedro Manuel Dávila demandaron al Municipio de Santa Marta para que se le condenara a pagar determinada cantidad en dinero como daños y perjuicios sufridos por los demandantes por haberlos privado el Municipio, sin razón, del agua para el riego de una plantación de tabaco.

El Juez del conocimiento condenó al Municipio, y el Tribunal de Santa Marta reformó la sentencia, aumentando la cuantía de la indemnización.

El Municipio interpuso recurso de casación, que por ser admisible se estudia.

Los hechos, base de la demanda, están relacionados así:

"1º El predio de La Vega, en donde se fomentó el cultivo de tabaco perdido, predio que está ubicado en este Municipio, y linda: por el Norte, con la llamada acequia maestra de riego; por el Sur y el Este, el río Manzanares,

y por el Oeste, río Manzanares y el camino del Perú-tano, pertenece en posesión y dominio a don Francisco E. Dávila.

"2° Como aparece del señalamiento que de sus linderos acaba de hacerse, La Vega es un predio riberano del río Manzanares, y por él pasa la acequia maestra de riego.

"3° Dicho predio venía regándose de tiempo inmemorial, por medio de una toma o canal derivado de la llamada 'acequia maestra de riego,' tomada del río Manzanares, como se riegan todos los demás predios que se encuentran en la misma región.

"4° Establecido en época posterior el acueducto de la ciudad, en su forma primitiva, el riego en La Vega, como en los demás predios que se encuentran en su caso, continuó haciéndose como antes, así como después de dársele al acueducto la forma definitiva que hoy tiene.

"5° Aumentada la población de la ciudad, la provisión de agua por medio del acueducto vino haciéndose satisfactoriamente hasta julio de mil novecientos diez y ocho, al propio tiempo que el riego de La Vega y demás predios que se encuentran en su misma situación, como posteriormente a dicha fecha ha venido haciéndose hasta hoy la provisión del acueducto y el riego de los otros predios distintos de La Vega, que se encuentran en su misma situación.

"6° De acuerdo con los hechos expuestos en los puntos anteriores, la cantidad de agua tomada de la acequia maestra de riego no disminuyó en nada, en ninguna época, el agua necesaria para proveer el acueducto, todas las necesidades de la población, o por lo menos, la disposición y capacidades del acueducto.

"7° Basados en que La Vega contaba con agua para el riego, como había contado siempre, mis poderdantes emprendieron, por el mes de agosto de mil novecientos diez y siete, el fomento en dicho predio de una plantación de tabaco, y al efecto, prepararon el terreno, hicieron las siembras y construyeron los edificios necesarios para la explotación del cultivo referido.

"8° En el mes de julio de mil novecientos diez y ocho, mis poderdantes habían logrado convertir el predio de La Vega en un tabacal en plena producción, encontrándose cultivadas de tabaco las cinco hectáreas que constituyen la extensión superficial del predio.

"9° En este estado, el honorable Concejo del Municipio dictó e hizo cumplir su injusta Resolución número 54 de 3 de julio de 1918, en virtud de la cual, con mano poderosa, fueron terraplenados u obstruidos los canales por medio de los cuales se venía haciendo, según lo dicho, el riego en el predio de La Vega y se hacía desde sus comienzos el riego del tabacal allí fomentado.

"10. Como con tal procedimiento se condenaba a mis poderdantes a la pérdida del capital invertido en la plantación de tabaco y de las ganancias con que justamente podían contar, por las excelentes condiciones del negocio de tabaco en aquella época en este Municipio, uno de ellos, don Pedro Manuel Dávila, ocurrió a la Alcaldía en solicitud de una medida de protección contra el insólito proceder del honorable Concejo, pidiendo que se decretase el *statu quo* anterior al hecho que motivaba la querrela, pero todo esfuerzo fue inútil, porque la Alcaldía, no obstante las razones que ante ella se adujeron, no obstante la inminencia del daño que la medida iba a ocasionar a mis poderdantes, no obstante el concepto del señor Personero Municipal, que puso de ma-

nifiesto la responsabilidad que sobrevendría al Municipio, se negó a permitir la reapertura de los canales.

"11. El Tribunal Administrativo de Cartagena anuló, por sentencia de fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos diez y nueve, la Resolución número 54 de 3 de julio de 1918, que queda citada.

"12. Debido a la privación del agua para el riego del predio de La Vega, que el Concejo impuso a mis poderdantes, la plantación de tabaco mencionada se perdió totalmente, pues en los terrenos de la parte baja del río Manzanares no es posible que subsistan cultivos sin riego, y menos en época de seca, como es el mes de julio; y

"13. Los daños y perjuicios sufridos por mis poderdantes fueron apreciados pericialmente, en una diligencia de inspección ocular que se practicó con citación del señor Personero Municipal, en la cantidad que demandando, pues en esa evaluación contiene el **daño emergente y el lucro cesante.**"

Ataca el recurrente el fallo por varios motivos, que se estudiarán en su orden.

Error de hecho:

Hace consistir este error el recurrente, en que el sentenciador pasó por alto la prueba acompañada por el Municipio para acreditar su carácter de dueño del predio de La Vega, de las dos pajas de agua con que dicho lote se riega, y de la acequia por donde va esa agua.

El Tribunal tuvo en cuenta un título de dominio para acreditar la propiedad del Municipio, como se ve por el pasaje de la sentencia, que principia: "la circunstancia de que se aduzca por parte del Municipio un título para acreditar un derecho predial sobre la faja....."

Ahora: el recurrente afirma que en ese pasaje del fallo el Tribunal se refiere a otros títulos presentados por el Municipio, distintos de la escritura de veinticuatro de diciembre de mil ochocientos cuarenta y seis, pero no cita esos títulos, ni aparecen en el expediente; pero suponiendo que no se hubieran tenido en cuenta, es lo cierto que con ese título no demuestra el Municipio que el predio de La Vega haga parte de los terrenos de Avilés y Papayal, de que es dueño el Distrito, según la escritura de mil ochocientos cuarenta y seis.

Además, el Municipio no le ha negado a los Dávilas que sean dueños, o, por lo menos, poseedores de ese predio, ni este litigio versa sobre la propiedad o posesión de esos terrenos, cuestión ésta extraña al debate; de suerte que aunque se hubiera incidido en ese error, él no sería suficiente para casar el fallo, pues no se disputa ni la propiedad, ni la posesión de esos terrenos, ni el dominio sobre las aguas que corren por un cauce artificial, se trata de los perjuicios causados por haber privado de esa agua a los Dávilas, únicamente.

Igual reparo puede hacerse respecto de la propiedad de las dos pajas de agua, de que habla ese título; pues como se ha repetido, en este negocio no se discute ni la propiedad del agua ni el derecho de servirse de ella; se trata solamente de averiguarse si el Municipio le causó perjuicio a los señores Dávilas por el hecho de privarlos del uso del agua, del cual disfrutaban desde hacía varios años.

Se acusa igualmente el fallo por error de derecho en la apreciación de la prueba de inspección ocular, puesto que el sentenciador le dio valor a la diligencia de inspección extrajuicio acompañada por los demandantes, siendo así que para que esa prueba preste mérito, debe

ser practicada por el Juez de la causa, según lo dejan entender los textos de los artículos 541 y 545, que hablan de la inspección practicada por el de la causa.

Se observa:

Es verdad que los artículos 541 y 545 del Código Judicial hablan de la inspección practicada por el Juez de la causa, pero también lo es que la misma ley judicial le da valor probatorio a la inspección practicada fuera de juicio, como puede verse leyendo el artículo 734 del Código Judicial, disposición que se corrobora y complementa con el artículo 728, pues allí se señalan casos en que se puede pedir la inspección ocular fuera de juicio, para comprobar hechos y estados de heredades o cosas que puedan haber desaparecido una vez iniciado el juicio.

Sobre esta disposición del artículo 734 hay jurisprudencia de la Corte que le da valor a la inspección ocular fuera de juicio, siempre que al practicarse se llenen los requisitos exigidos por la ley, cosa que sucede al presente. (Sentencia de 17 de diciembre de 1913. Tomo XXIV, página 314).

La diligencia de inspección ocular es un documento auténtico, al tenor del artículo 678 del Código Judicial, porque ella es una actuación judicial practicada con las formalidades legales, y los documentos auténticos, para que se aprecien en el término probatorio, no tienen que reproducirse durante él cuando han sido acompañados con la demanda, como sucede en el caso que se estudia (artículo 706, Código Judicial).

Con esa inspección ocular se pretende probar un hecho ejecutado por el Municipio, que le acarrea responsabilidad, dando cumplimiento al artículo 1757 del Código Civil, y se atuvo el juzgador, para darle valor a la inspección ocular, a lo preceptuado por el Código Judicial y la doctrina de la Corte, que ha interpretado el artículo 734 del Código Judicial, que es lo que exige el artículo 1770 del Código Civil.

La violación de los artículos 789 y 980 del Código Civil se hace consistir en que el sentenciador admitió pruebas de la posesión que pretenden tener los demandantes sobre el predio de La Vega y sobre la acequia derivada, contrariando lo que disponen esos textos.

Se observa:

El litigio no versa sobre propiedad o posesión ni del predio de La Vega, ni sobre el dominio o uso de las aguas que lo riegan, como ya se ha observado; la posesión de esas aguas la tienen actualmente los demandantes, puesto que la resolución del Concejo que los privaba del uso de esas aguas fue revocada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cartagena, según consta de autos. Vuelve a advertirse: aquí no se discute dominio ni posesión sobre el predio de La Vega, ni sobre el brazal tomado de la acequia maestra para regar el predio de La Vega, ni sobre el derecho de usar de esas aguas, para que sea necesario entrar a discutir el alcance de las disposiciones de los artículos 789 y 980 del Código Civil.

Se dice violado el artículo 26 de la Constitución, por cuanto el sentenciador conceptuó que el Concejo no podía hacerse justicia por su propia mano, al considerar ilegal el proceder del Concejo al privar a los Dávilas del agua de que disfrutaban por muchos años, a ciencia y paciencia del Cabildo.

Suponiendo que el artículo 26 de la Carta se refiriera a las causas y litigios civiles tal como lo ha resuelto la Corte, es lo cierto que el Municipio fue condenado en

juicio contradictorio, con su citación y con toda la plenitud de las formalidades requeridas por las leyes de procedimiento para esa clase de juicios.

Se hubieran violado los artículos 2341 y 242 del Código Civil si se hubiese condenado al Municipio a pagar daños y perjuicios ocasionados por actos no ejecutados por el Concejo, pero está demostrado lo contrario; pues el Municipio, por medio de sus agentes, ejecutó esos hechos, ya que la resolución del Cabildo, que ordenó la ejecución de ellos, fue calificada de ilegal por quien tenía derecho de hacerlo, anotando que la validez o invalidez, legalidad o ilegalidad de esa providencia, que está ejecutoriada, no se discute al presente.

Si el Municipio ejecutó esos actos, y ellos fueron anulados por ilegales, ha de correr aquél las consecuencias de sus ilegalidades.

Violación del artículo 669, por indebida aplicación al caso del pleito, pues está bien que se resarcieran daños cuando se priva a uno del ejercicio de un derecho, pero habría que demostrar que los señores Dávilas tenían derecho a aquello de que los privó el Municipio.

Se repite: no se discute al presente dominio ni sobre el predio, ni sobre las aguas. Se condenó al Municipio porque privó, por una simple resolución, a los señores Dávilas del uso de unas aguas que ellos disfrutaban desde hacía mucho tiempo, sin demostrarles en juicio controvertido que ellos no tenían derecho a servirse de ellas, resolución que fue considerada como ilegal por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cartagena, y anulada por él.

Pudo el sentenciador violar los artículos 1613 y 1614 del Código Civil al aplicarlos a un caso en que los perjuicios no provenían del incumplimiento de una obligación, o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento, pero ello no sería suficiente para casar el fallo, porque quien comete una culpa infiere daño a otro y tiene que indemnizar perjuicios, y en la disposición que consagra este principio también se fundó el Tribunal.

Como última acusación trae el recurrente el error de derecho en que incurrió el sentenciador por mala apreciación de la inspección ocular.

Cabría el reparo si la exposición de peritos en la inspección ocular no fuera prueba reconocida por la ley para demostrar perjuicios, y como esta prueba no es por sí plena, bien puede el Juez desestimarla y entrar a fijar el monto de los perjuicios, basado en otras pruebas del expediente, cosa que hizo el juzgador, y no se ha demostrado que en esa apreciación se hubiera incurrido en evidente error de hecho al justipreciar los perjuicios.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, de fecha septiembre veintinueve de mil novecientos veintiocho.

Segundo. Sin costas. (Artículo 35 de la Ley 100 de 1892).

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre once de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Vistos:

El treinta de septiembre de mil novecientos veintinueve, el señor Francisco Valiente T. instauró contra el señor Alberto A. Vengoechea, ante el Juez 1° del Circuito de Barranquilla, juicio ordinario de reivindicación, para que se condenase al demandado a restituir al demandante la siguiente finca raíz, ubicada en aquella ciudad:

“Una casa de enea, madera y barro, junto con el solar en que está construida, situada en esta ciudad, en la acera occidental de la Calle de San Roque, entre las carreras de Igualdad y San Roque, el cual mide y linda: por el Norte, diez y nueve metros, veinticuatro centímetros; y predio de Reyes Labarrera, antes de Pedro A. Márquez, y antes de Juan C. Pernet; por el Sur, diez y nueve metros, veinticuatro centímetros, y predio que fue de Jacobo Rois Méndez y es hoy de Julio Montes; por el Este, catorce metros, treinta centímetros, y Calle de San Roque, frente al predio que fue de José Hernández, y hace parte hoy del templo de San Roque, y por el Oeste, catorce metros, treinta centímetros, y predio que es o fue de Juan Gómez.”

El Juez de la causa condenó al demandado a hacer la restitución pedida en la demanda. El demandado no se conformó con la sentencia de primer grado, e interpuso apelación. El Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia que lleva fecha veintitrés de julio del año en curso, confirmó el fallo del Juez.

La cuantía de la acción había sido fijada por los peritos Ramón Castro González, Pablo E. de la Peña y Carlos Henao Pareja, en diligencia de catorce de febrero de este año, en la suma de dos mil pesos oro legal.

En memorial de doce de agosto de mil novecientos treinta y uno, el demandado Vengoechea interpuso casación contra la sentencia de segunda instancia. El Tribunal, en providencia que lleva fecha tres de septiembre último, no concedió el recurso interpuesto, “porque—dice el Tribunal—la cuantía del bien se quedó por debajo de la que señala la ley vigente hoy para que se pueda interponer el recurso y que prospere.”

El señor Vengoechea ocurrió de hecho ante la Corte, en escrito fechado en treinta de septiembre postrero. No puede la Corte saber si el recurso se introdujo en tiempo, porque de acuerdo con el artículo 899 del Código Judicial, la parte que intente interponerlo pedirá al Tribunal que denegó la casación, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la denegación, las copias que en el citado artículo se exigen, razón suficiente para no admitir el recurso de hecho. Con todo, la Corte entra a estudiar el recurso en el fondo, previas las siguientes consideraciones:

Alega el recurrente para fundar el recurso, que la providencia del Tribunal que le negó la casación lo lesiona en sus derechos, “toda vez que considero—dice—que un derecho no se puede desconocer por virtud de una disposición legal que tiene el carácter de sustantiva, como puede considerarse la Ley 11 del presente año, puesto que el recurso de casación es un derecho que se ejerce por medio de una acción; y cuando una ley trata de modificar ese derecho adquirido, para su desconocimiento es necesario que la misma ley nueva lo declare.”

Se considera:

La Corte ha sentado, constante y reiteradamente, la doctrina de que “si bien es cierto que la cuantía de la acción se refiere o debe referirse al que ella tenga a la fecha de la demanda, ello no quiere decir que la ley aplicable sea la que regía en esa fecha para la admisión del recurso de casación. La cuantía es la que fije la ley vigente al tiempo de interponerse el recurso, cuyo monto se fija en la fecha de la demanda.” (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo 3°, números 986, 983, 984, 985, 978 y 979).

Si esta doctrina armoniza las disposiciones de la Ley 90 de 1920 con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887—citado por el recurrente como fundamento del recurso de hecho—y con los principios generales sobre retroactividad de las leyes, es más fundada, y encuentra mejores basamentos jurídicos en el espíritu y en la letra misma de la Ley 11 de 1931. En efecto: la Ley 90 de 1920, en su artículo 1°, sólo había dicho: “Para que en los juicios ordinarios, o que tengan este carácter, pueda concederse el recurso de casación, conforme al artículo 149 de la Ley 40 de 1907, se requiere que la cuantía de ellos sea o exceda de dos mil pesos,” al paso que la Ley 11 de 1931, en su artículo 1°, expresó claramente que “desde la vigencia de esta Ley, la cuantía para que puedan tener recurso de casación los juicios ordinarios, o que se conviertan en ordinarios, será de tres mil pesos.....”

Al emplear este lenguaje, que no abre camino a la duda en cuanto al espíritu de la ley, el legislador tradujo a precepto legal la doctrina que al respecto tiene sentada la Corte, y que se ha dejado transcrita.

La cuantía se determina hoy por el artículo 1° de la Ley 11 de 1931, desde que ella principió a regir, no por la vigente cuando se inició la demanda. Por tanto, si la cuantía de la acción en el caso que se estudia se queda por debajo de la exigida por la Ley 11, tantas veces citada, no hay lugar al recurso de casación, aunque, por otra parte, coexistan las otras circunstancias a que se refiere el artículo 149 de la Ley 40 de 1907. Esto en armonía con lo dispuesto por el artículo 8°, Ley 90 de 1920.

Pero el recurrente invoca la disposición del artículo 17 de la Ley 169 de 1896, que preceptúa:

“La sentencia definitiva no puede revocarse ni reformarse por el mismo Juez o Tribunal que la pronuncie.”

En la parte resolutive de la sentencia del Tribunal se dice:

“Por lo que queda expuesto, este Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el apelado fallo dictado en este juicio el día veintisiete de febrero último, por el Juzgado 1° del Circuito de Barranquilla.

“Con costas a cargo del apelante.

“Esta sentencia es casable.”

“Puede ser un error, una apreciación anticipada—argumenta el recurrente—puede constituir una violación de la ley, pero está dicho en la parte resolutive de una sentencia, y no le es dado ni a un Juez ni a un Tribunal reformar o revocar sus propias sentencias. Puede constituir la violación de una ley, pero para rendirle tributo a esa misma ley no puede reformar el Tribunal ese fallo, sino que le corresponde esa reformatoria a la honorable Corte Suprema.”

Tanto en la doctrina de los autores como en la doctrina de la Ley 40 de 1907, el recurso de casación tiene como fin principal uniformar la jurisprudencia, y como

fin secundario enmendar los agravios inferidos a las partes. Pero en derecho colombiano no bastan esos dos fines, sino que es preciso, además, que en cada caso co-existan las circunstancias exigidas por el artículo 149 de la Ley 40 citada. Como se ha visto atrás, en el caso de autos falta el elemento **cuantía**, exigido por el artículo 1º de la Ley 11 de 1931.

La fuerza obligatoria de las sentencias y el efecto que la **litis contestatio** produce entre las partes, son extraños al caso que se contempla, cuando el Tribunal, en la parte resolutive de la sentencia que puso fin a la causa en segunda instancia, dijo:

“Esta sentencia es casable.”

Si se aceptara la tesis del recurrente a este respecto, se desconocería la doctrina uniforme de la Corte, y se violarían los artículos 8º de la Ley 90 de 1920 y 1º de la Ley 11 de 1931.

La declaración que hace el Tribunal en una sentencia definitiva, de que esa sentencia es **casable**, no hace tránsito a cosa juzgada entre las partes, ni obliga al Tribunal que tal declaración hizo, a mantenerla en el auto en que decide de la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casación posteriormente interpuesto. Por otra parte, tal declaración viola el artículo 835 del Código Judicial, que dispone que “la sentencia definitiva o con fuerza de definitiva debe recaer sobre la cosa, la cantidad o el hecho demandado; pero nada más que sobre eso.....”

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide:

No es admisible el recurso de hecho interpuesto por el señor Alberto A. Vengoechea contra el auto del Tribunal Superior de Barranquilla, de fecha doce de agosto de mil novecientos treinta y uno, que le negó el recurso de casación contra la sentencia del mismo Tribunal, fecha veintitrés de julio último.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre once de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

El señor Germán Molina Callejas denunció como abandonada la mina de oro en aluvión denominada **El Tapón**, sita en los Municipios de Gómez Plata y Yolombó, del Departamento de Antioquia, en el cauce del río Porce y a inmediaciones de los arroyos **Balsala** y **Perú**.

El denuncia fue admitido, y en el despacho dirigido al Alcalde del primero de los Municipios nombrados para que diera posesión de la mina al demandante, se señaló como base de la mina la siguiente:

“Desde el desemboque de la quebrada de **Perú**, siguiendo río Porce arriba, hasta medir cinco kilómetros de longitud por dos de latitud, que, comprendiendo el cauce del río, se repartirán a uno y otro lado de éste.”

Durante la fijación del cartel se opusieron al denuncia y posesión de la mina, en su calidad de dueños, los

señores Benicia Ruiz de Santamaría, Rafael y Concepción Santamaría y Ciro Gómez, el último en representación de su esposa, señora Genoveva Santamaría; la primera como cónyuge sobreviviente del señor Santiago Santamaría, a cuyo favor se expidió el título correspondiente en el año de mil ochocientos setenta y ocho, y los otros como herederos del expresado señor Santamaría.

Los opositores impugnaron la exactitud y justicia del denuncia, presentando al efecto el escrito de formalización de la oposición, no en calidad de demandantes, pues hallándose en uno de los casos de que trata el artículo 53 de la Ley 292 de 1875, al señor Molina Callejas, denunciante, le correspondía la posición de actor en el juicio que surge de la oposición.

En consecuencia, este último señor presentó su demanda contra los opositores ante el Juez del Circuito de Santa Rosa, para que se declarase:

“Primero. A Germán Molina Callejas corresponde la posesión y propiedad de la mina de oro en aluvión denominada **El Tapón**, situada en Gómez Plata y Yolombó, en el río Porce, a inmediaciones de las quebradas **Balsala** y **Perú**, ‘desde el desemboque de la quebrada **Perú**, siguiendo río Porce arriba, hasta medir cinco kilómetros de longitud por dos de latitud, que, comprendiendo el cauce del río, se repartirán a uno y otro lado de éste.’

“Segundo. Los demandados han de entregar esa mina al actor Molina Callejas, con los frutos que han obtenido desde el día en que éste la restauró, y hasta la fecha en que éstos la desocupen en forma real.

“Tercero. Los demandados perdieron todo derecho sobre el mineral titulado por su causante—señor Santiago Santamaría B.—el once de marzo de mil ochocientos setenta y ocho, bajo el número 164, materia de la controversia; y lo perdieron principalmente antes de la restauración hecha por Molina Callejas, por deficiencia y aun por falta de pago de los respectivos impuestos legales, y, en subsidio, desde el día en que venció el término que, para formalizar la oposición, señala el artículo 63 del Código de Minas, habida cuenta de que esa formalización fue presentada días después de vencido ese término.

“Cuarto. Germán Molina Callejas tiene derecho a recibir posesión oficial, y a que se le expida título de la mina referida en el punto primero, y así debe hacerse por las respectivas autoridades administrativas, previas las formalidades de rigor legal.

“Quinto. Es ineficaz, y también es nulo, el mencionado título número 164, de doce de marzo de mil ochocientos setenta y ocho.

“Sexto. Los demandados no tienen derecho para hacer posiciones con base en ese título.

“Séptimo. De su cargo corren las costas del juicio, a las cuales deben computarse las indemnizaciones de los perjuicios causados al actor con motivo de la oposición originaria del debate; los cuales perjuicios se fijarán en este o en otro debate distinto.”

Habiendo fallecido la señora Ruiz de Santamaría, el señor Molina Callejas reformó la demanda en el sentido de dirigirla contra las herencias ilíquidas de dicha señora y de su finado esposo señor Santamaría, representadas por los demás opositores, en su calidad de herederos.

Los demandados contestaron rechazando las pretensiones del actor, y proponiendo, además, uno de ellos, el señor Rafael Santamaría, la excepción de petición de un

modo indebido, consistente en que no se había demandado a todos los herederos que tienen la representación de las sucesiones contra las cuales se ejercita la acción.

El Juez de la primera instancia absolvió a los demandados de todos los cargos formulados en el libelo. El Tribunal de Medellín confirmó, con las costas respectivas, la sentencia del inferior.

Contra este último fallo el señor Molina Callejas interpuso recurso de casación, que la Corte admite por reunir para ello las condiciones legales, y procede a resolver en el fondo.

Se funda el recurrente en la primera causal de casación, y hace a la sentencia los siguientes cargos:

Primer cargo. En el punto tercero de la demanda, el señor Molina Callejas pidió que se declarase que los demandados habían perdido su derecho sobre la mina de El Tapón por deficiencia y aun por falta de pago de los respectivos impuestos legales, y, en subsidio, desde el día en que venció el término que, para formalizar su oposición, señala el artículo 63 del Código de Minas, habida cuenta de que esa formalización fue presentada días después de vencido el término.

El Tribunal, para resolver, consideró que este último punto fue decidido por providencias que se hallan legalmente ejecutoriadas y que son ley del proceso.

El autor del recurso combate esta razón y acusa la sentencia por indebida aplicación del artículo 831 del Código Judicial, porque en las providencias a que alude el sentenciador no se ventiló el punto de que ahora se trata. Tales providencias son las de ocho de abril de mil novecientos veintiséis, del señor Juez del Circuito de Santa Rosa, confirmada por la del Tribunal de Medellín el treinta y uno de agosto siguiente.

En la primera, continúa diciendo el recurrente, se decidió lo que a continuación se transcribe:

"I. Téngase como actor en el juicio que se inicia al señor Germán Molina Callejas, y como reos a los opositores.

"II. Considerando aquel escrito de formalización, no como una demanda, sino como una impugnación a la exactitud y justicia del denuncia hecho, se ordena darlo en traslado al denunciante señor Molina Callejas para que dentro de seis días formule su demanda.

"III. Se comisiona al señor Juez Municipal de Medellín para notificar personalmente ese auto al señor Germán Molina Callejas y para correrle el traslado que en él se dispone.

"IV. Librese el correspondiente despacho, y con él remítanse las diligencias originales, previa radicación del expediente.

"Notifíquese."

Allí no se falló, agrega el autor del recurso, si era oportuna o no la formalización de la oposición que incumbía a los Santamarías, ni podía resolverse, porque ello sería materia de una sentencia definitiva en juicio ordinario. (Artículos 382, 383, y 384 del Código de Minas).

Por otro aspecto, concluye el recurrente, se violó el artículo 831 del Código Judicial, porque dejó el Tribunal de tenerlo en cuenta, para considerar con su apoyo que unas providencias interlocutorias nunca podían alcanzar como tales ningún mérito para constituir el mencionado fenómeno jurídico de cosa juzgada, ni aun en el caso de haber dicho algo concreto sobre el mismo postulado tercero de la presente acción ordinaria.

Por haber omitido el Tribunal hacer la declaración allí pedida, violó, en concepto del recurrente, por falta de aplicación al caso del pleito, los artículos 63, 64, 69 y 363 del Código de Minas; 8° de la Ley 153 de 1887; 4° a 6° y 30 del Código Civil; 511 del Judicial; 30 de la Ley 105 de 1890, y 60 y 61 de la Ley 4° de 1913, de rigurosa aplicación en el punto cuestionado, lo mismo que los artículos 835 y 837 del Código Judicial, que, respectivamente, le imponían el deber de fallar.

En síntesis, el recurrente es de opinión que si—conforme al artículo 363 del Código de Minas—el dueño de una mina libertada, que paga puntualmente el impuesto respectivo, pierde su derecho a ella si no quiere oponerse al denuncia hecho por un supuesto restaurador, de la misma manera lo pierde si no se presenta en tiempo oportuno a formalizar su oposición, lo que se confirma con lo que dice el artículo 69 del Código citado, según el cual si hubiere oposición, y ésta se formalizare oportunamente, se seguirá el juicio correspondiente, lo que quiere decir que la formalización oportuna es requisito *sine qua, non* en esta clase de asuntos.

Considera la Corte que, conforme al artículo 64 del Código de Minas, si el opositor u opositores no formalizan su oposición en el término señalado, el Juez, de oficio, devolverá el expediente al funcionario encargado de dar la posesión de la mina para que se lleve a efecto.

Este artículo señala, pues, la sanción y el procedimiento cuando la formalización de la oposición no se ha realizado oportunamente. Es obligación del Juez declararla inadmisibles y devolver el expediente al funcionario encargado de dar la posesión. En el caso presente, el señor Molina Callejas se opuso decididamente al auto en que el Juez, considerando que se había formalizado en el término legal la oposición, que en este caso era una impugnación al denuncia, ordenó correrle traslado a dicho señor para que estableciera su demanda, por hallarse en el caso contemplado en el numeral 1° del artículo 53 de la Ley 292 del año de 1875.

Pidió primero la revocación del auto, fundándose en que por no haber sido oportuna la formalización del denuncia, el Juez debía aplicar el artículo 64 del Código de Minas, y desechar de plano la oposición.

Interpuso luego apelación, alegando extensamente ante el Tribunal sobre el mismo asunto, y confirmada la decisión del Juez, intentó de nuevo, sin éxito, revocación contra el auto confirmatorio del superior.

Ley del proceso, dice el Tribunal, son las providencias que le dieron curso a la oposición, y la misma materia no puede ya revisarse como petición de una demanda que versa sobre el fondo del derecho.

Y el sentenciador, a juicio de la Corte, está en lo cierto, porque, como se ha dicho, la sanción y el procedimiento, cuando no se formaliza en el término legal la oposición a la posesión de una mina, están señalados en el artículo 64 del Código de Minas. Esto es, el Juez de oficio rechaza la oposición desde que se establece la demanda, no la admite y devuelve el expediente para que se proceda a dar la posesión ordenada por la autoridad administrativa.

Pero si el Juez halla aceptable la demanda, y abre, por esa razón el juicio, no es el caso de ventilar de nuevo el mismo punto en el juicio ordinario que se sigue después de admitida la oposición.

El artículo 363 del Código de Minas preceptúa que el que tenga título expedido o revalidado conforme a la ley, y pague puntualmente el impuesto respectivo, no

perderá su derecho a la mina, a menos que, denunciada por uno que se titule restaurador, no quisiere oponerse.

Allí no se agrega, como quiere el recurrente, **o no formalizarse su oposición en el término de la ley**, porque esta cuestión se decide previamente.

Pero suponiendo que lo dicho no fuera así, y que el Tribunal hubiera incurrido en las violaciones de la ley que el autor del recurso apunta, no podría casarse la sentencia, porque la Corte halla fundadas las razones de fondo que tuvo el Tribunal para desechar sobre este punto las pretensiones del actor en el auto en que negó la revocación pedida por éste.

Dice así el sentenciador:

"La jurisprudencia de minas ha aceptado, por inspirarse en la filosofía en que está basada la legislación del ramo que el cartel cumple el fin de notificar el denuncia a terceros a quienes pueda lesionar en sus derechos la adjudicación del Estado. (Artículo 8° de la Ley 292 de 1875, y artículos 48, 49, 50 y 51 del Código de Minas).

Sentado lo anterior, es indiscutible que el denuncia no queda notificado por el sólo transcurso de las tres semanas consecutivas, ya que es menester la desfijación material de dicha pieza, como lo entiende la segunda parte del artículo 48, que dice:

"Dicho cartel permanecerá fijado por tres semanas, y llevará las notas de fijación y desfijación firmadas por el comisionado y su secretario."

Agrégase lo que dice la parte final del artículo 35 del Decreto 761 de 1887, que precisamente contempla el evento de que pasen más de veintiún días, incluyendo los feriados.

¿Qué clase de notificación se cumple por medio del cartel?

La respuesta es obvia: la presuntiva, de que trata el artículo 31 de la Ley 105 de 1890. Según las voces de este texto, la notificación que se hace por medio del edicto no se entiende legalmente hecha sino desde la fecha y hora de la desfijación.

"De lo expuesto puede concluirse, aplicándolo por analogía al caso del presente negocio, que el denuncia de minas no queda legalmente notificado sino con la nota de desfijación del cartel. La regla general del artículo 37 de la Ley 105 de 1890 es perfectamente aplicable al caso de autos, si se atiende a la finalidad que se propuso el legislador, bajo la institución del cartel."

Segundo cargo. En el quinto punto de su demanda pidió el señor Germán Molina Callejas que el Juez declarase que es ineficaz, y también es nulo, el título número 164, de once de marzo de mil ochocientos setenta y ocho, expedido en favor del señor Santiago Santamaría sobre la mina de El Tapón.

El fundamento de esta acción consiste en que el título no fue debidamente registrado, que es la segunda causal de nulidad señalada en el artículo 94 del Código de Minas.

El Tribunal, para negar este pedimento, expuso la siguiente razón:

"Por lo que toca a la ineficacia del registro del título, la objeción es todavía más infundada; porque, si bien es cierto que, conforme al artículo 99 del Código de Minas, al Registrador le está prohibida la inscripción de títulos después de transcurridos veinte días de su expedición, sin que conste haberse vuelto a pagar el derecho de título, el artículo 11 de la Ley 56 de 1904 autoriza ese registro en cualquier tiempo, siempre que se satis-

faga, además del impuesto correspondiente, un recargo del cincuenta por ciento; formalidades que debieron observar los funcionarios que extendieron la inscripción, o al menos así debe presumirse, ya que el fenómeno del registro se consumó, siendo obligación ineludible del demandante probar lo contrario, en favor de su afirmación, de manera concluyente, para destruir la presunción."

Refiriéndose a este pasaje el autor del recurso, expresa que el Tribunal violó, por indebida aplicación, el artículo 11 de la Ley 56 de 1904, porque habiéndose verificado el registro del título el veintiséis de mayo de mil novecientos tres, cuando todavía estaba en vigor la Ley 39 de 1890, eran las disposiciones de esta Ley, en sus artículos 7°, 10 y 15, las pertinentes aplicables.

Tiene en este reparo razón el autor del recurso; pero ello no es suficiente para casar el fallo, si la Ley 39 de 1890 contiene disposiciones análogas a las citadas erróneamente por el sentenciador, lo que se verá luego, al estudiar otros motivos de la acusación.

Combate el recurrente el concepto de la sentencia en que se afirma que si el registro se consumó, como aparece de la nota respectiva, debe presumirse que se cumplieron las formalidades previas del pago de los respectivos derechos. Con esto, dice, violó el precepto de que la prueba debe darla la parte a quien pueda favorecerla, si quiere aprovecharse de sus consecuencias. (Artículos 1757, 1760 y 1768 del Código Civil; 578 a 586, 542 y 543 del Código Judicial).

A esto se observa que la presunción de que trata el Tribunal se refiere a la fe que prestan por sí mismos los instrumentos públicos. Si aparece registrado el título, es de presumirse que se han llenado todos los requisitos necesarios para su inscripción, desde luego que, conforme al artículo 99 del mismo Código de Minas, ningún Registrador inscribirá en sus libros título alguno después de transcurridos veinte días, contados desde su expedición, sin que conste que se ha vuelto a pagar el derecho de título.

Pero dice el autor del recurso que él adujo la prueba de que no se pagaron los nuevos derechos de título para que pudiera registrarse el título, después de pasados los veinte días de que trata el artículo 99 del Código de Minas, según consta por el certificado expedido por el Administrador Nacional de Hacienda del Departamento de Antioquia, que dice:

"Que en los libros que hacen parte del archivo del ramo de Minas, que existe en la Administración, a partir del año de mil ochocientos ochenta y siete, en que ese ramo pasó al servicio de la Nación, hasta el de mil novecientos tres, no hay constancia del pago del derecho de título de la referida mina de El Tapón; pero en unas diligencias procedentes de la Secretaría de Hacienda del Departamento se encuentra la constancia que expresa que el derecho de título de las mencionadas minas se pagó el treinta y uno de enero de mil ochocientos setenta y ocho, por la consignación en la Administración General del Tesoro de Antioquia, de la suma de cuarenta pesos."

En consecuencia, el Tribunal ha incurrido, según el recurrente en error de hecho y de derecho al pasar por alto esta prueba, y ha violado el artículo 93 del Código de Minas y los que con él se relacionan de la Ley 39 de 1890, que son los artículos 7°, 10 y 15, al darle eficacia a un título que se registró sin que previamente se hubiera pagado de nuevo el derecho de título.

Agrega el recurrente que, como el Tribunal, "además de lo que se deja criticado, se pronuncia en favor de la subsistencia legal de la diligencia de inscripción verificada en Santo Domingo el seis de mayo de mil novecientos tres, y ello en el sentido de reconocerle valor jurídico, a pesar de la prohibición contenida en el artículo 99 del Código de Minas, que hace nulo ese acto, en conformidad con el artículo 6° del Código Civil, por este otro aspecto, que igualmente tiene basamento en el ya demostrado error de derecho, que se vincula a la presunción con que el Tribunal defiende la prueba del nuevo pago de los respectivos derechos de título antes del mencionado registro de mil novecientos tres, no sólo incide el Tribunal en igual vicio, sino que directamente de nuevo quebranta los citados artículos 99 del Código de Minas y 6° del Código Civil, así como todos los demás preceptos sustantivos que en este **motivo segundo** han sido aludidos."

Considera la Corte que sobre la base de que no estuviera demostrado el pago del impuesto de registro, no por ello la inscripción deja de surtir sus efectos, que son los de servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces, el de dar publicidad a los actos que trasladan o mudan el dominio de tales bienes, y el de dar garantías de seguridad y autenticidad a los documentos que deben registrarse.

Y si es verdad que, conforme al artículo 99 del Código de Minas, ningún Registrador inscribirá en sus libros título alguno después de transcurridos veinte días, contados desde su expedición, sin que conste que se ha vuelto a pagar el derecho de título, si se hace la inscripción sin que se cumpla ese requisito previo, incurrirá el Registrador en la responsabilidad consiguiente a la infracción de ese mandato legal; pero no por ello ese registro será inválido, pues la ley no ha erigido en nulidad del registro el no pago, o pago deficiente de los respectivos derechos fiscales. Otra es la sanción al incumplimiento por parte del Registrador del deber que le impone la ley, más no la ineficacia del registro.

Tercer cargo. Ineficacia de la copia de copia que en el proceso aparece como prueba del título de la mina disputada.

Alega el recurrente que del proceso aparece que se desglosó la copia de los documentos que constituyen el título de la mina de **El Tapón**; pero de esto no se sigue que la copia de copia que quedó en el expediente alcance los atributos de las diligencias de que trata el artículo 77 del Código de Minas; pues lo único que es objeto jurídico de un desglose es el documento original, que aquí sería el título expedido al señor Santiago Santamaria B. el once de marzo de mil ochocientos setenta y ocho, con las firmas de los respectivos funcionarios adjudicatarios, o, en caso de pérdida de ese título, el que luego se les hubiera expedido a los interesados, en conformidad con el artículo 76 ibidem y el 20 de la Ley 292 de 1875. Esto le parece al recurrente muy claro a la luz de los artículos 725 del Código Judicial y 335 de la Ley 105 de 1890.

De forma, pues, concluye el autor del recurso, que el Tribunal incurrió en error de derecho al admitir como prueba de la existencia del título las copias de las diligencias desglosadas, por lo cual viola, por no aplicar al caso que se estudia los preceptos legales que ha citado, y también incurre el sentenciador en error de derecho así como de hecho, en cuanto confunde la copia que fue desglosada del juicio, con el documento original que pudiera estimarse como verdadero título de la mina.

El cargo es infundado, porque según aparece del expediente, los documentos desglosados fueron la copia de todas las diligencias que constituyen el título de la mina de oro en aluvión denominada **El Tapón**, copia autorizada por el Secretario de Hacienda del Departamento de Antioquia, y conforme al artículo 77 del Código de Minas, "cuando en un juicio se presente copia íntegra de un expediente de denuncia de una mina, o por lo menos de las piezas detalladas en el artículo 74, y de esa copia aparezca que se han llenado todos los requisitos legales para la adquisición de dicha mina, inclusive la de haberse expedido el título, tal copia surtirá los efectos de un verdadero título, siempre que el que se expidió hubiera sido registrado."

Sobra decir que la copia que se deja en el expediente de los documentos que se desglosan, surte todos los efectos legales.

Cuarto cargo. Pérdida del derecho de los opositores sobre la mina, por deficiencia de pago del impuesto en algunos años.

Dice el Tribunal: el efecto de no pagar los impuestos correspondientes, no es otro que el de suspensión del derecho de la mina, pero una vez pagados esos impuestos con sus intereses cesa la suspensión, revive el derecho y adquiere su primitivo vigor, sin necesidad de más formalidades. Esto siempre que no se haya presentado dentro de la mora nuevo denuncia.

El autor del recurso critica este aparte, diciendo que lo que ocurre cuando no se paga el impuesto anual que grava las minas, no es la suspensión del derecho del dueño o denunciante de la mina, sino su pérdida. Que así lo dicen los artículos 118, caso 5°; 148, 163, 164, 303, 309, 341 y 343 del Código de Minas, los cuales ponen de manifiesto el error de derecho en que incurrió el Tribunal al decir que el derecho se suspende y que no se pierde, y que, por lo tanto, aparecen infringidos los artículos que deja citados.

Considera la Corte que este es asunto de palabras, que en nada influye en el pleito; pues el sentenciador no ha hecho otra cosa que reproducir en otras palabras lo que dice el artículo 163 del Código de Minas.

Dice el artículo:

"Si un individuo ha dejado de pagar el impuesto correspondiente por uno o más años, podrá recuperar el derecho que tenía a la mina pagando las cuotas de los años atrasados, con el interés del uno y medio por ciento, siempre que no se haya denunciado la mina antes de hacerse el pago."

Y dice el Tribunal:

"Pero una vez pagados los impuestos cesa la suspensión, revive el derecho suspendido y adquiere su primitivo vigor, tornando las cosas al estado en que antes se hallaban, sin necesidad de más formalidades. Esto siempre que no haya dentro de la mora nuevo denuncia."

El recurrente quiere que el Tribunal hubiera dicho que con el pago de las cuotas atrasadas el dueño de una mina recupera el derecho y no que revive el derecho. Es, pues, fútil el cargo.

Limita luego su acusación a la deficiencia en el pago del impuesto correspondiente a los años de 1894, 1902 y 1903.

Conviene en que, según certificado del Administrador de Hacienda Nacional del Departamento de Antioquia, el primero de mayo de mil novecientos se hizo el pago aislado con intereses por el año de mil ochocientos noventa y cuatro; pero agrega que si bien las cuotas de

los años anteriores habían sido enteradas, aunque sin ninguna eficacia particular, en su concepto, igual cosa no se hizo respecto de los intereses de esas cuotas, que en todo caso había que pagar en mil novecientos, por disponerlo así el artículo 163, y porque sólo así esas consignaciones podían adquirir la eficacia de que antes carecían.

Considera la Corte que el recurrente entiende que cuando el interesado ha dejado de pagar el impuesto de una mina correspondiente a un año, si luego cubre ese impuesto con los respectivos intereses de mora, tiene que pagar también intereses de mora de los impuestos pagados oportunamente en los años anteriores, para que surta sus efectos el pago del año atrasado.

No cayó en la cuenta el autor del recurso de que si el artículo 163 del Código de Minas habla en plural de años atrasados, es porque se refiere al caso de que haya dejado de pagar el impuesto correspondiente a varios años.

Respecto del pago del impuesto correspondiente a los años de mil novecientos dos y mil novecientos tres, razona así el recurrente:

“Viene ahora lo acontecido en el año de mil novecientos dos, durante la vigencia del Decreto legislativo número 722, el que en su artículo 8° expresamente modificó el 158 del Código, en cuanto éste señala el primero de enero como fecha inicial para el cómputo del respectivo impuesto, y el que en su artículo 7° dispuso que en la primera anualidad, es decir, aquella que se pagara conforme a la tarifa señalada en el artículo 5° del mismo Decreto, debía comenzar a pagarse ‘el primero de junio del corriente año’ (el de 1902).

“Consecuencialmente, y dado que el pago del impuesto por el año de mil novecientos dos se hizo durante la vigencia del mencionado Decreto 722, y como en el artículo 5° de éste, claramente se dice que en todo caso, aun por minas de la pequeña extensión que efectivamente tiene la mina denominada **El Tapón**, ‘el impuesto no bajará de ciento cincuenta pesos (\$ 150) anuales,’ es indiscutible absolutamente indiscutible, que por cuanto por el año de mil novecientos dos sólo se enteró la suma de \$ 147-95, como lo dice la partida número 1000, de diez y ocho de diciembre del dicho año, y como nunca se dio atención, respecto de ese pago deficiente, a la regla consignada en el antes copiado artículo 163 del Código de Minas, es absolutamente indiscutible, se repite, que la mina **El Tapón**, aun haciendo abstracción—en gracia del debate—de lo ocurrido en los años de mil ochocientos noventa y cuatro y mil ochocientos noventa y cinco, cayó en completo abandono legal en mil novecientos dos, y así se mantuvo hasta que el suscrito la restauró para sí, al avisarla el cinco de mayo de mil novecientos veinticuatro (folio 67 vuelto).

“Y así, continúa, contra lo que se deja razonado, con apoyo en expresas disposiciones legales, se arguye que, a virtud del aludido telegrama—simple telegrama—del señor Ministro de Hacienda, el pago por el año de mil novecientos dos debe subdividirse, parte de acuerdo con la tarifa anterior a la que señalara el Decreto 722, y parte de acuerdo con esta última; entonces, con igual lógica, con igual fundamento, lo mismo habría que hacer—pero siempre ilegalmente—respecto del año de mil novecientos tres, y en esa virtud habría que estimar y admitir que desde el primero de enero hasta el veinticuatro de diciembre, la liquidación del impuesto debía hacerse con arreglo al mencionado Decreto, y desde esta última fecha, de acuerdo con la Ley 30 de 1903. Si así

se hace, entonces el resultado, contra el amparo de la misma, viene a ser irremediable; porque entonces se tiene que por cuanto sólo fue pagada la suma de \$ 30 en papel moneda, la deficiencia de esa consignación es tan notable, como notable es la diferencia que existe entre la cantidad de \$ 150 y la de \$ 30, consignada el veinticuatro de diciembre de dicho año de mil novecientos tres.”

Por tanto, concluye el recurrente, incurrió el Tribunal en error de derecho, al desestimar la prueba concluyente que ofrece el certificado del señor Administrador de Hacienda, respecto de los pagos de mil novecientos dos y mil novecientos tres, lo cual no sólo entraña la violación del artículo 168 del Código de Minas, sino también la de todos los preceptos legales de que ha hecho mención al estudiar este punto.

Considera la Corte que el pago del impuesto correspondiente al año de mil novecientos dos está de acuerdo con la inteligencia que luego le dio la Gobernación de Antioquia al artículo 7° del Decreto 722 de ese año, en Resolución de 27 de mayo de 1903, después de varias consultas hechas al señor Ministro de Hacienda.

En esa Resolución se lee:

“Cuando el mencionado artículo 7° establece que la primera anualidad debe comenzar a contarse el día primero de junio del año del Decreto, es sólo para determinar la fecha en que empieza a regir el aumento del impuesto.”

La reforma que sufrió el artículo 158 del Código de Minas no indica que los años siguientes al pasado no sigan contándose de enero a diciembre, como ha sido de ley.

De modo que a los cinco meses vencidos hasta mayo de mil novecientos dos, no los afecta el aumento del impuesto, que apenas empezó a regir el primero de junio de este año, por lo que dos pesos con cinco centavos (\$ 2-05), que es la diferencia entre los ciento cincuenta pesos que señalaba el Decreto, y lo pagado por el año de mil novecientos dos, no pueden imputarse a deficiencia de pago, siendo así que para los cinco meses anteriores regía el impuesto anual de cinco pesos.

Por lo que atañe a la anualidad de mil novecientos tres, pagada el veinticuatro de diciembre de ese año, el propietario de la mina no hizo otra cosa que ajustarse a lo resuelto por la Gobernación de Antioquia el veintisiete de diciembre de mil novecientos tres, en respuesta a varias consultas hechas por los interesados en la conservación del derecho a sus minas. Dice la Resolución:

“Desde el veinticuatro de diciembre próximo venidero en adelante, todos los impuestos sobre minas deben pagarse en la cuantía que determina la Ley 30 de 23 de octubre de ese año.”

Como se ve, la tesis que hoy trae el autor del recurso con motivo de casación, fue estudiada y decidida en resoluciones administrativas, a que se sujetaron los mineros.

Quinto cargo. Alega el recurrente que en cuanto el Tribunal niega que para la eficacia del título sea precisa la revalidación del mismo, tanto incurre en error de derecho como directamente viola, por no aplicación al punto de que se trata, los artículos 1° y 13 de la Ley 38 de 1887, 7° de la Ley 14 de 1888 y 123 y siguientes del capítulo X del Código de Minas.

Esta cuestión, que de nuevo plantea el recurrente, ha sido ya fallada en varias decisiones de la Corte, de

las cuales la más reciente, reproduciendo lo que dice una anterior, expone esto:

"Por estas y otras razones, dijo la Corte en sentencia de cuatro de julio, ya citada: 'no puede llegarse a la conclusión de que la falta de tales diligencias—las de revalidación—acarrearán la pérdida o extinción del derecho para quien ya tuviera el título legalmente expedido, ni menos que esa falta implicara abandono.' (Véase sentencia de 13 de diciembre de 1930, y sentencia de 4 de julio de 1928, *Gaceta Judicial*, tomo 35, página 385)."

Sexto cargo. Por último, alega el recurrente, que ha quedado abandonado el mineral situado en Yolombó, desde luego que los pagos del impuesto de mil ochocientos ochenta y siete a mil novecientos diez y seis, sólo se refieren al que está situado en Carolina, y de esta suerte usó el dueño del derecho consagrado por el artículo 24 de la Ley 292 de 1875, que reemplazó el 149 del Código de Minas, esto es, abandonó voluntariamente una parte de la mina, concretándose a pagar el impuesto correspondiente a la parte conservada. De allí deduce varias violaciones de la Ley, por no haber declarado el sentenciador el abandono parcial de la mina de **El Tapón**.

Para desvanecer este cargo, basta observar que en la certificación expedida por el Administrador de Hacienda Nacional del Departamento de Antioquia, certificación que es prueba del pago del impuesto (artículo 168 del Código de Minas), se lee:

"Que por la mina de aluvión nombrada **El Tapón**, ubicada, según se expresa, ya en el Distrito de Carolina, ya en los de Gómez Plata y Yolombó, se pagaron los impuestos anuales correspondientes a los años de mil ochocientos ochenta y siete en adelante hasta mil novecientos cuarenta y cuatro."

En razón de 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, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal de Medellín el siete de octubre de mil novecientos veintinueve, y condena al recurrente en las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese esta sentencia en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil.
Bogotá, noviembre diez y siete de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

El apoderado judicial de la señora Elena Franco de Franco y de las señoritas Josefina y María Franco G., demandó a los señores Rafael, Joaquín y Argemiro Daza y don Aristides U. Vaca, para que se declarara que sus poderdantes eran dueños de un terreno sito en los Municipios de Somondoco y La Trinidad, y por consiguiente que los demandados debían restituirlo junto con las demás prestaciones del caso.

(El Juez falló:

"1º Declárase no probada la acción propuesta en este juicio por las demandantes Elena Franco de Franco, María y Josefina Franco G., por medio de su apoderado legal, y

"2º No hay lugar a condenación en costas por estimarse que no hay temeridad por parte de los demandantes."

El Tribunal de Tunja confirmó la sentencia del Juez, y como de esa decisión interpusieron recurso de casación, es el caso de estudiarlo por ser admisible.

El sentenciador encontró que la cadena de títulos presentados por los demandantes, que remontan al siglo XVII, estaba interrumpida por la escritura número 979, otorgada en cuatro de junio de mil novecientos cuatro, por el doctor Ignacio Franco a la sociedad de Forero Franco y Compañía, por no haberse acompañado copia de la diligencia de registro de ese instrumento, pero sí halló que los demandantes habían acompañado dos escrituras anteriores al título exhibido por el demandado, y a pesar de ello libró el pleito a favor de los demandados, apoyado en estos conceptos:

"Establecida esta solución de continuidad, debe estudiarse lo que pasó con posterioridad al mes de junio de mil novecientos cuatro, para saber si los títulos subsiguientes son bastantes para radicar el dominio en los demandantes señora Elena Franco de Franco y señoritas María y Josefina del mismo apellido.

"En el año mencionado, en octubre, el señor Ignacio Franco González, hablando como representante de la sociedad Forero Franco y Compañía, vendió a las señoritas Francos los mismos terrenos de que trata la escritura que acaba de citarse, por medio del instrumento público número mil doscientos cincuenta y nueve, pasado ante la Notaría segunda de Bogotá, el cual fue debidamente registrado.

"En escritura otorgada en la misma Notaría el veintitrés de octubre de mil novecientos doce y registrada el nueve de noviembre siguiente, las señoras Sara Castañeda de Currea, María y Josefina Franco, Ignacio Franco G., Pablo Antonio Franco y Enrique Gamboa, las tres primeras en su propio nombre y Josefina, además, en nombre de la señorita Elvia Franco G., Pablo Antonio Franco, con poder de la señora Elena Franco de Franco, y Enrique Gamboa, con poder de las señoritas Lucrecia y Gabriela Forero Franco, declararon que los bienes que en la escritura se relacionan, entre los cuales está **El Páramo**, aunque figuran como de propiedad exclusiva de algunos de los otorgantes, pertenecen en realidad a la comunidad formada por todos ellos, y que los contratos y escrituras respectivos no se han hecho para transmitir el dominio a esos comuneros sino para que fueran repartidos entre los otorgantes. En la misma escritura se hace la división de bienes y se adjudica **El Páramo** a las tres señoras demandantes....

"Pero acaso se diga que estas dos últimas escrituras debidamente registradas, anteriores al título registrado que presenta la parte demandada, son suficientes para comprobar la acción de dominio, sin que deba traerse titulación anterior, en cadena indefinida. El Tribunal contesta que esta argumentación no valdría si no se hubieran traído al debate más títulos que hay el deber de estudiar y que destruyen la presunción de que el poseedor inscrito es reputado dueño de lo demandado.

"Las razones que preceden establecen brevemente, pero con claridad, en concepto del Tribunal, que la interrupción de las diversas tradiciones de que ha sido objeto el terreno demandado, interrupción que contradice la continuidad alegada en la demanda y en todo el curso del debate por la parte actora, impide hacer la declaración de dominio a favor de dicha parte, por ende de las declaraciones y condenas que lógicamente deberían desprenderse de aquella declaración, y que sin ésta no pueden hacerse."

El recurrente ataca estos conceptos del fallo por violación de los artículos 756, 762, 745, inciso 2°, y 758 del Código Civil, y por error de derecho en la apreciación de las escrituras números 1859, de veintinueve de octubre de mil novecientos cuatro, y 2126, de veintitrés de octubre de mil novecientos doce, por cuanto los títulos relacionados, debidamente registrados y antelados al título presentado por el demandado, como lo asienta el Tribunal en su fallo, son verdaderos títulos de dominio suficientes para reconocer la propiedad a los demandantes, ya que los demandados no les han opuesto títulos anteriores que obligue al sentenciador a remontar la cadena de títulos de los antecesores y ya que esos títulos registrados son uno de los medios que establece la ley para la adquisición del dominio.

Esta ha sido jurisprudencia de la Corte, como puede verse en sentencia de fecha diez y seis de marzo de mil novecientos diez y ocho, tomo XXVI, página 300; allí se dijo:

"Si el demandante en reivindicación acompaña un título traslativo de dominio anterior a la posesión del demandado, y éste no ha excepcionado contra ese título, ni ha acompañado otro alguno, ni la prueba de posesión anterior a la fecha de la escritura o del título exhibido por el actor, el juzgador no puede menos de reconocer al demandante como dueño del inmueble que reivindica, aunque no haya presentado la cadena de títulos de los antecesores."

Lo previsto en esa sentencia sucede al presente: los demandados, ni han tachado esos títulos, ni han presentado títulos anteriores, que muestren con claridad que el terreno reivindicado está comprendido en ellos, ni han probado posesión anterior a la fecha de esas escrituras, advirtiendo que la doctrina asentada por el Tribunal en este paso no es jurídica, pues no es necesario para reivindicar que los títulos acompañados para ello sean del mismo género, es decir, todas compraventas, donaciones, actos legales de partición, etc., etc.; con tal que sean títulos constitutivos o traslativos de dominio, es suficiente, pues un bien raíz ha podido adquirirse por los diversos adquirentes, a título de compra, de donación o permuta, o de herencia, y estos títulos como traslativos de dominio no interrumpen la cadena de títulos.

Dice así el sentenciador:

"Al mirar las cosas por este nuevo aspecto, podría sostenerse que habiéndose hecho la división legal de los bienes del doctor Franco entre sus herederos, y habiendo sido el doctor Franco dueño de lo demarcado, tienen derecho a la reivindicación las demandantes por la adjudicación que se les hizo. Mas entonces cabe observar que aun dando por demostrado que aquella división fue legal, que los otorgantes eran legítimos y únicos herederos, ese título no sería una compraventa, sino un acto

legal de partición. El modo de adquirir no sería la tradición sino la sucesión por causa de muerte. Y así como el que demanda por título, y fracasa en su acción, puede después demandar por otro, así también el que demanda por título y no lo demuestra sino que presenta otro, no puede obtener un fallo favorable, porque la sentencia debe ser congruente con la demanda, porque la causa, el título alegado y no otros, son los que pueden tenerse en cuenta al fallar."

Suponiendo y dando por sentado que el señor Ignacio Franco González nada le vendió a la sociedad de Forero, Franco y Compañía, por no haberse acompañado el título registrado de esa venta en las instancias del juicio, que sí se acompañó en casación, es lo cierto que esa sociedad vendió a las señoritas Francos los mismos derechos que le había comprado al doctor Franco González, y como el demandado no ha acompañado títulos anteriores a esa venta, tan claros que no quede duda de que los terrenos reivindicados estén comprendidos en ellos, hay que reconocer que las señoritas Francos son dueñas de lo que les vendió la sociedad Franco Forero, ya que la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio del verdadero dueño.

Por tanto, habrá que casar la sentencia, pero antes de fallar en instancia, se hace preciso dictar un auto para mejor proveer, para identificar el terreno reclamado, ya que en las inspecciones oculares practicadas en las instancias no se determinó si el terreno vendido estaba comprendido en la venta que la sociedad Franco Forero le había hecho a las señoritas Francos.

En consecuencia, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. Infirmase la sentencia del Tribunal de Tunja, de fecha septiembre diez y ocho de mil novecientos veintinueve.

Segundo. Para mejor proveer, se dispone que el Tribunal de Tunja practique una inspección con peritos nombrados por las partes para que se determine de manera precisa:

1° Si el lote de terreno alindado en la demanda está comprendido en todo o en parte dentro de los linderos del terreno que Franco, Forero y Compañía vendió a las señoritas Francos por medio de la escritura pública número 1259, de la Notaría 2ª de Bogotá, que figura en autos.

2° Si el terreno alindado en la demanda está comprendido en todo o en parte dentro de los linderos del terreno llamado El Páramo, que por escritura número 2126 de veintitrés de octubre de mil novecientos doce, de la Notaría 2ª de Bogotá, se adjudicó a las tres señoritas demandantes.

3° Si el terreno determinado en la demanda no está comprendido íntegramente dentro de los linderos de las dos escrituras atrás citadas, determinar qué porción está dentro de esos linderos.

4° Si el terreno alindado en la demanda, en todo o en parte, está comprendido dentro de los linderos de los títulos exhibidos por los demandados.

5° Acompañese copia de la diligencia de registro de la escritura número 979, de cuatro de junio de mil novecientos cuatro, de la Notaría 2ª de Bogotá.

Se suplica al Tribunal que anote en la diligencia lo que a los señores Magistrados les conste por sus propias y directas percepciones respecto de linderos, el cual

Tribunal queda facultado para decidir todo lo que se refiere a la prueba solicitada, como nombramiento de peritos, recusaciones, etc., etc.

Notifíquese, cópiese y publíquese.

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre diez de mil novecientos treinta y uno.

Vistos:

Es justa la petición que se hace en el anterior memorial para que se corrija el número de la escritura y la razón social de la Compañía, a que hace referencia el auto para mejor proveer.

En consecuencia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se aclara el auto para mejor proveer en el sentido de que la sociedad allí mencionada se denomina Forero Franco y Compañía, y que la escritura es la señalada con el número mil ochocientos cincuenta y nueve (1859).

Notifíquese.

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre treinta de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

Por conducto de apoderado, el señor Roberto Tobón demandó a los señores Luis y Eduardo Vergara Zapata, para obtener que por sentencia fueran condenados éstos:

"Primero. A restituir a mi poderdante (son palabras del apoderado), en el libre uso y goce de la servidumbre de tránsito que ha tenido en favor de un local o pasadizo de su propiedad, tránsito que se verificaba por un pasaje construido al extremo occidental de la calle 15, hacia la acera sur, entre carreras 6ª y 7ª de esta ciudad, pasaje que es la salida natural a esta última carrera de los locales ubicados sobre ese pasaje, entre los cuales está el local de mi poderdante, y cuya salida ha sido cerrada por los demandados, por medio de una puerta y por medio de un entablado construido sobre una parte de dicho pasaje, para formar el local que marcaron con el número 588-G de la carrera 7ª. Los linderos especiales del local o pasadizo de mi poderdante, son: por el Norte, con el pasaje situado en la acera sur de la calle 15, hacia su extremo occidental, entre carreras 6ª y 7ª, y por el Oriente, Occidente y Cenit, con propiedad de los herederos del señor José María Sierra y señora Zoraida Cadavid de Sierra, que hizo parte del Edificio Zapata, y por el Sur, con propiedad de mi poderdante Roberto Tobón."

"Segundo. A restituir las cosas al estado en que se hallaban antes de la ejecución de las obras que impidieron el libre ejercicio de la servidumbre de tránsito a que me he referido anteriormente.

"Tercero. A pagar a mi poderdante los perjuicios que le han ocasionado con haberlo privado del libre uso y goce del derecho de dominio sobre el local o pasadizo de

su propiedad, que quedó encerrado por causa de la obra que los demandados ejecutaron, y con la cual suprimieron la servidumbre de tránsito de que se ha hablado.

"Subsidiariamente y para el caso de que la servidumbre de tránsito de que se ha hecho mérito no se considerara como suficientemente establecida por el título de propiedad de mi poderdante, pido atentamente que se imponga tal servidumbre a favor del predio de mi poderdante, con los medios necesarios para ejercerla."

Hé aquí los hechos de la demanda:

"1º Mi poderdante es dueño del local o pasadizo demarcado anteriormente, adquirido en mayor extensión por la escritura pública número 1050, de veintiocho de octubre de mil novecientos seis, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá.

"2º Mi poderdante ha estado en quieta y pacífica posesión de aquel pasadizo o local, hasta el momento en que los demandados ejecutaron las obras que le interceptaron toda comunicación con el exterior; obras que privaron, además, a mi poderdante, del ejercicio del derecho de dominio sobre el pasadizo o local de su propiedad.

"3º El pasadizo de mi poderdante da frente a un pasaje sobre la calle 15, pasaje que daba salida a la carrera 7ª y a todos los locales situados sobre la banda sur de la ronda del río San Francisco, entre carreras 6ª y 7ª, y que está a un nivel más bajo, como de unos cuatro metros del nivel de la carrera 7ª.

"4º A favor de la propiedad de mi poderdante establecieron sus vendedores señores Daniel Zapata y Ana Rosa Zapata de Vergara, una servidumbre de tránsito para salir a la carrera 7ª por el pasaje que construyeron para sustentar en parte el Edificio Zapata; servidumbre que le reconocieron en la escritura de venta, según la cláusula copiada anteriormente, y que reconocieron nuevamente en la venta que hicieron de parte de aquel edificio a la sucesión de los señores José María Sierra y Zoraida Cadavid de Sierra, por la escritura número 2120, de dos de diciembre de mil novecientos veintidós, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá.

"4º (sic). Los señores Vergara Zapata construyeron un entablado un poco más alto del nivel del andén de la carrera 7ª, por la parte superior del mencionado pasaje, a pegarlo a una pared del Edificio Zapata, formando un local encima del extremo occidental del pasaje, local al cual le pusieron puerta sobre la carrera 7ª, que marcaron con el número 588-G.

"6º El entablado y la puerta de que se acaba de hablar cegaron por completo el acceso que tenía el pasadizo de mi poderdante a la carrera 7ª, que era la única salida natural, dejándolo privado de toda comunicación con el exterior.

"7º Las obras de que se trata, ejecutadas por los señores Vergaras Zapatas, le han causado enormes perjuicios a mi poderdante, pues con ellas no solamente se le ha privado del libre uso y goce de su propiedad, obstruyendo la entrada a ella, sino que se le ha impedido hacer uso de los elementos que tiene allí depositados, consistentes en útiles de construcción y otros enseres."

Como disposiciones de derecho se citaron los artículos 885, 887, 902, 905 y 977 del Código Civil.

Admitió la demanda el señor Juez 5º del Circuito de Bogotá, y la corrió en traslado a los demandados, quienes rechazaron la acción.

Se dictó la sentencia de primera instancia el doce de septiembre de mil novecientos veintiocho, en sentido completamente absolutorio.

Por apelación del demandante, subió el asunto al Tribunal Superior de Bogotá, y este cuerpo, en sentencia de veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta, confirmó la del Juez.

El mismo demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, recurso que se admite, por hallarse en las condiciones legales requeridas en orden a la cuantía de la acción y a la naturaleza del asunto.

Después de hacer un resumen del curso del juicio, el recurrente, en su memorial de casación, impugna la sentencia por la primera causal.

Alega en primer término, la violación del artículo 9° de la Ley 95 de 1890 y de los artículos 887 y 940 del Código Civil.

Cita estos pasos de la sentencia recurrida:

"Siendo la servidumbre de tránsito discontinua por propia clasificación de la ley, es evidente que no puede adquirirse sino por medio de un título distinto de la prescripción."

"Siendo la servidumbre, por definición de la ley, un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño, su constitución requiere necesariamente la concurrencia de tres elementos esenciales: el predio que soporta el gravamen (predio sirviente), el predio de distinto dueño que reporta la utilidad (predio dominante) y el gravamen mismo. Cada uno de estos elementos debe aparecer claramente determinado en el acto o contrato por el cual se constituye la servidumbre."

"..... no apareciendo legalmente constituida la pretendida servidumbre de tránsito, cuyo uso y goce son materia de la demanda, la acción principal intentada no puede prosperar."

De estos párrafos y de las demás apreciaciones de la sentencia—expone el recurrente—se viene en conocimiento de que el Tribunal, al aplicar el artículo 9° de la Ley 95 de 1890, lo interpretó en el sentido de que el título allí requerido, para la adquisición de una servidumbre de tránsito, debe ser expreso, o sea, que se debe decir en el título que se constituye tal servidumbre.

Del análisis hecho en la introducción del memorial—continúa—resulta la existencia del título, el cual quedó establecido por la cláusula 5° de la escritura de compraventa, otorgada por Ana Rosa Zapata de Vergara y Daniel Zapata a Roberto Tobón; porque si en dicha cláusula no se dice expresamente que se constituye la servidumbre de tránsito, si se hallan en ella elementos más que suficientes para deducir que esa fue la intención de los contratantes, es decir, de los vendedores del predio dominante y del tercero (Julio Zapata), cuyo predio debía soportar el gravamen, y que también firmó la escritura.

"Por tanto, el Tribunal ha dado una interpretación errónea al artículo 9° de la Ley 95 citada, porque en nada ha estimado otros elementos que constituyen la servidumbre de que se trata, como la confesión, el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente."

La confesión de la existencia de la servidumbre de tránsito consta en autos, hecha expresamente por quienes podían constituirla (los dueños de los predios dominante y sirviente), y equivale al título que echa menos el Tribunal. El título constitutivo de la servidumbre puede suplirse con el reconocimiento del dueño del predio sirviente, y el señor Julio Zapata aceptó expresamente el gravamen (artículo 940 del Código Civil).

• Demostrada la existencia de la servidumbre, es de rigor que el dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda esa servidumbre para el dueño del predio dominante.

"De manera que por la errada interpretación que le ha dado el Tribunal al artículo 9° de la Ley 95 de 1890, se ha hecho imposible por inconducente la aplicación del artículo 887 del Código Civil, puesto que no habiendo servidumbre no pueden existir obras que impidan su libre ejercicio."

Se considera:

El Tribunal no ha manifestado que, según el artículo 9° de la Ley 95 de 1890, se debe decir en el título que se constituye la servidumbre. Unicamente sostuvo que en el acto o contrato en que se impone el gravamen debe aparecer claramente expresado cada uno de los elementos esenciales de la servidumbre; lo cual es exacto, en concepto de la Corte, porque si es verdad que en el derecho moderno no hay palabras sacramentales, también lo es que los elementos esenciales de un acto o contrato han de ser declarados por los otorgantes con frases que razonablemente den a conocer la materia de que se trata. De otra suerte, reinaría la incertidumbre en las relaciones humanas, y se haría imposible la misión de administrar justicia. Conviene que prevalezca sobre lo literal de las palabras la intención de los contratantes, con tal que se conozca claramente, para lo cual es necesario que ellos, se repite, hagan ostensibles las partes sustanciales de la convención o el acto que tienen en mientes. Por aquí se ve que no ha habido violación del artículo 9° de la Ley 95, en el sentido apuntado por el recurrente.

Cuanto a la del artículo 940 del Código Civil, ella no es directa, porque el sentenciador no ha desconocido que el título constitutivo de servidumbre puede ser suplido por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente. Podría ser indirecta si, como consecuencia de un error evidente de hecho o de error de derecho en la estimación de una prueba, el Tribunal hubiese negado la existencia de ese reconocimiento.

El sentenciador, examinando la cláusula 5° de la escritura número 1050 citada, expuso que lo que en ella se hizo fue incluir una faja de terreno adyacente a la casa vendida, mas no establecer un gravamen de tránsito en beneficio del predio comprado y en contra de otro predio de distinto dueño, cosa bien distinta de la primera; de donde se sigue que, en sentir del mismo sentenciador, la aquiescencia del señor Julio Zapata a lo estipulado en la cláusula, no equivale al reconocimiento expreso de la servidumbre.

Ha debido el recurrente atacar estos conceptos por error evidente de hecho o error de derecho, dando la demostración de sus asertos, y así no lo hizo, pues se limitó a afirmar que el mentado señor Zapata había aceptado la servidumbre, como lo prueba su firma en la escritura. Por tanto, no resulta acreditada la violación del mencionado artículo 940 del Código Civil.

Tampoco resulta la del artículo 887 ibidem, la cual, como la violación del artículo 940, sólo podría ser indirecta. No establecida, según la mente del sentenciador, la existencia de la servidumbre, no ha sido quebrantado por omisión el susodicho artículo 887.

Se aduce, como segundo motivo de la causal de casación, un error evidente de hecho consistente en la mala apreciación de una prueba.

Arguye el autor del recurso que la sentencia recurrida, para absolver a los demandados, se apoyó también en que no se especificaron los linderos del predio sirviente

en el título constitutivo de la servidumbre ni en la demanda. Tales linderos quedaron establecidos en el curso del juicio con la escritura número 2450, de 18 de octubre de 1926, pasada en la Notaría 1ª de Bogotá y presentada por los demandados. Allí éstos declaran ser los dueños del inmueble situado en Bogotá, sobre la carrera 7ª, en la intersección que hoy forma ella con la proyectada Avenida Jiménez de Quesada, marcado con los números 588 D a 588 G, de la carrera, y comprendido por los siguientes linderos generales: por el Norte, con el río San Francisco; por el Oriente, en parte, con la ronda del río San Francisco y en parte con la casa del doctor Eduardo Santos; por el Sur, con casa de los herederos de José María Sierra y Zoraida Cadavid de Sierra, y por el Occidente, con la carrera 7ª de esta ciudad. Tal propiedad es la conocida con el nombre de Edificio Zapata, construido por Julio del mismo apellido, a quien se refiere la cláusula 5ª de la escritura de compra de la propiedad adyacente por el señor Tobón. “Queda, pues, demostrado que la sentencia del Tribunal desconoce la existencia de un hecho que aparece de manifiesto en autos, cuales son los linderos del predio sirviente.”

Se considera:

El Tribunal no negó que en la citada escritura número 2450 se hallan los linderos del inmueble, sino que dijo que tales linderos no se pusieron ni en la llamada escritura constitutiva de la servidumbre (la número 1050), ni en la demanda, por lo cual el predio que se quiere considerar como sirviente no quedó determinado.

Ha debido, por tanto, el recurrente impugnar esta afirmación de la sentencia por error evidente de hecho o error de derecho; y omitió esa impugnación. Por esto no prospera el actual motivo. Aunque los linderos aparezcan en un instrumento traído durante el debate, como subsisten los conceptos de la sentencia acerca de la necesidad de expresarlos en la escritura de constitución y en la demanda, no sería dable infirmar el fallo.

Por lo demás, la Corte estima indispensable la determinación en el título constitutivo de un gravamen de servidumbre.

Como tercer motivo, se acusa la violación del artículo 905 del Código Civil.

Dice el recurrente que la sentencia niega también el derecho que asiste al demandante para imponer a favor de su predio una servidumbre legal de tránsito sobre el predio sirviente, en caso de no existir la servidumbre voluntaria del mismo nombre, con lo cual quebranta el mencionado artículo 905.

En apoyo del reparo, transcribe, con sus contestaciones, algunas posiciones absueltas por los demandados y agrega que de aquéllas se desprende que la única salida que tenía al pasaje el callejón o pasadizo de la casa comprada por el señor Tobón fue tapada por los Vergaras por medio de una pared o tabique de cal y canto y que el mismo pasaje fue cerrado por el entablado que sirve de piso al local número 588 G. y por la puerta colocada en ese local; por donde se advierte que el callejón o pasadizo, no sólo fue privado de su salida natural a la carrera 7ª, sino al mismo pasaje que construyó Julio Zapata, quedando aquel callejón cerrado por sus cuatro costados.

Ante la confesión de los demandados—concluye—nada valen en las suposiciones de los peritos acerca “de que se puede buscar salida otra vez a la casa o por los almacenes que dan sobre la carrera 7ª.”

Se considera:

El Tribunal no accedió a la petición subsidiaria de la demanda relativa a la imposición de la servidumbre legal, por dos razones: 1ª, porque el actor no determinó en tal demanda el pretendido predio sirviente y sin esa determinación no sería dable imponer la carga, por más que concurrieran las circunstancias de hecho que para ello exige la ley, “pues no podría saberse cuál sería el predio determinado de distinto dueño que debiera soportar el gravamen,” y 2ª, por aparecer de las inspecciones oculares practicadas en ambas instancias que el local en cuyo beneficio se reclama la servidumbre tiene contacto directo con un edificio de propiedad del demandante comunicado con calles públicas, o mejor dicho, hace parte de él, de tal suerte que con sólo comunicarlos por medio de una puerta, quedaría el primero con acceso a la vía pública, lo que haría innecesaria la imposición de la servidumbre que quiere el señor Tobón.

No se le imputa un error evidente de hecho o uno de derecho a la apreciación que hizo el sentenciador de las respuestas de los demandados a las posiciones susodichas, sino que apenas se asevera que, en virtud de la confesión de éstos, de nada sirven los dictámenes periciales. Mas si el propósito fue impugnar aquella apreciación, téngase presente que no se nota error manifiesto en ella. En efecto, del hecho de haber confesado sustancialmente los Vergaras, que cubrieron con un tabique puesto en su propiedad la puerta del callejón, que igualmente cubrieron con un entablado el pasaje y le colocaron una puerta frente a la carrera 7ª (número 588 G.), no se sigue necesariamente que estén acreditados todos los elementos indispensables para que proceda la servidumbre legal. Ella se concede al predio que se halle destituido de toda comunicación con el camino público por interposición de otros predios: luego al demandante no le bastaba probar que el desemboque del callejón fue obstruido por la obra de los demandados, sino que también debía establecer que él mismo carecía de contacto con la vía pública por otros puntos. Esto no lo estableció y el Tribunal estimó lo contrario, en vista de las inspecciones oculares con peritos llevadas a cabo en las dos instancias, pruebas que el recurrente no impugnó por error evidente de hecho o error de derecho. Como estas últimas pruebas quedan en pie, es lo cierto que, a pesar de lo confesado por los Vergaras, no existen todos los elementos que son precisos para decretar la servidumbre legal de tránsito. No se puede, por consiguiente, infirmar el fallo por transgresión del artículo 905 del Código Civil, ni directa, ni derivada de errores en la apreciación de las pruebas. (La Corte cree inútil estudiar si un callejón o pasadizo es propiamente calificable como predio).

Finalmente, ni aun aceptando lo que afirma el recurrente respecto del alcance de las confesiones de los demandados, se podría casar la sentencia en esta parte, porque permanece en vigor la primera razón del Tribunal por no haber sido impugnada.

Por tanto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso de casación.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

El doctor Luis F. Reyes Llaña, hablando en el carácter de heredero de la señora Carmen Llaña de Reyes, demandó a los señores Ignacio y Carlos Navarro, para que con citación y audiencia se hicieran estas declaraciones:

"1° Que la casa número 127 de la carrera 6°, claramente determinada atrás, tiene en su favor como predio dominante, la servidumbre de desagüe, y que la casa número 214 de la carrera 7°, está gravada con tal servidumbre de desagüe y debe imponérsele como predio sirviente y en favor de la propiedad primeramente citada, servidumbre proveniente de la natural situación de los predios y cuya posesión ha sido no sólo de diez años (10), sino inmemorial.

"2° Que como consecuencia de tal declaración, se fije la forma y modo de goce de tal servidumbre y el valor de las indemnizaciones, si a ello hubiere lugar, y en general, la dirección, extensión, capacidad y modo de gozar la servidumbre, por parte del predio dominante; y por parte del predio sirviente, la dirección, extensión, capacidad y obligaciones en general, por la parte del predio sirviente, así como dirección, situación y capacidad, a través de la pared medianera que separa los predios dominante y sirviente.

"3° Que los demandados han incurrido en culpabilidad civil, que los ha hecho civilmente responsables y de modo solidario, y se señale el monto de la indemnización que deben pagar a la sucesión en cuyo nombre hablo, como consecuencia de la reconstrucción de los cimientos y de la pared medianera entre las dos propiedades de que se trata en esta demanda y por los perjuicios ocasionados con tal reconstrucción, como son el cambio superficiario en el solar de la casa de la sucesión Llaña Reyes, abandono y destrucción de dicho solar de materiales de la obra de la pared que les sirvió de base y que terraplenaron, pavimentando parte con piedra ordinaria, disminución de luz, como consecuencia de la mayor altura de la pared medianera que antes de la reconstrucción no pasaba dicha altura de tres metros.

"4° Que se fije o señale también el valor de los perjuicios que la nueva pared ocasiona y la obra correspondiente ocasionan a la propiedad de la sucesión Llaña-Reyes, en cuyo nombre hablo, y especialmente por la destrucción que tanto en el predio sirviente, como delictuosamente en el dominante, han hecho los demandados de las conducciones aparentes de los desagües, y por la obra también delictuosa de destrucción en propiedad ajena, del conducto por donde los desagües atravesaban la pared medianera, y de construcción también de propiedad ajena de una pavimentación alta en el extremo occidental del solar de la sucesión Llaña de Reyes, que impide el descenso de las aguas a las represas sobre el solar de la sucesión, ocasionando inundaciones.

"5° Que se condene a los demandados a enlucir el frente de la pared medianera que han levantado los demandados en su exclusivo beneficio y a levantar y res-

tablecer a su estado anterior las obras que delictuosamente han hecho en el solar de dicha sucesión, o a pagar a ésta el costo de las obras de que trata este punto.

"6° Que se condene a los demandados, al tenor de lo dispuesto en nuestra legislación civil, a permitir al dueño del predio dominante de la servidumbre de desagüe, de que tratan los puntos 1° y 2° de esta parte petitoria, hacer las obras de cañería, conexiones de cañerías en la propiedad de los demandados en la parte necesaria y a través de la pared medianera en la parte que es de copropiedad con los demandados, y en general todas las obras indispensables para el ejercicio, uso y goce de la servidumbre de desagüe en la propiedad que es y representa la parte demandada."

Como hechos fundamentales de tal demanda se alegaron los siguientes:

"1° La sucesión intestada de mi finada madre señora Carmen Llaña de Reyes, se halla aún ilíquida y cursa en el Juzgado 6° Civil de este Circuito.

"2° Que en dicha sucesión fui declarado y reconocido como heredero de la causante.

"3° En el juicio de sucesión citado, se inventarió y avaluó la casa número 127 de la carrera 6°

"4° La casa número 127 de la carrera 6°, perteneciente a dicha sucesión, está construida hacia el oriente de la propiedad de los demandados, o sea de la distinguida con el número 214 de la carrera 7°, ambas de esta ciudad.

"5° El área superficiaria de las dos propiedades contiguas es un plano inclinado en el que ocupa la casa número 127, de la carrera 6°, de la sucesión—la parte superior—y la casa número 214 de la carrera 7°, de los demandados, ocupa la parte inferior de dicho plano. Todo éste de modo natural, es decir, por accidente geográfico.

"6° A consecuencia de tal situación, por accidente geográfico, hay una considerable diferencia de niveles entre la alcantarilla que se halla construida en la carrera 6°, para el servicio público, y el plano de la casa de la sucesión Llaña de Reyes, diferencia que a consecuencia de la construcción en plano inclinado es superior a medida que se interne o busque el inferior de la propiedad de dicha sucesión, o sea en la carrera 6°, número 127.

"7° Diferencia de niveles también considerable es la que existe entre la propiedad de la sucesión y el plano de la carrera séptima, que es el lindero occidental y el extremo de la propiedad de los demandados.

"8° La casa de propiedad de la sucesión que represento, goza, desde tiempo inmemorial, de la servidumbre de desagüe y la ha poseído y ejercido de modo aparente.

"9° En la casa de la sucesión Llaña de Reyes existió hasta hace pocos días, en el extremo sur del solar, la cañería aparente de desagüe que conducía los de esta propiedad y los de la inmediata superior hasta el pie de la pared medianera con la propiedad de los demandados. Se dice hasta hace pocos días porque los demandados destruyeron con ocasión de la obra de la nueva pared de que se habla, parte de dicha cañería y con materiales provenientes de la misma ocultaron el resto de tal cañería o conducto de desagüe en el solar de la casa de la sucesión que represento.

"10. Los demandados hace unos siete años y con motivo de haber arrendado la casa materia de este juicio, como predio sirviente de la servidumbre, transformaron el solar de esta casa en plaza para la instrucción militar

de la policía arrendataria y quitaron y cercenaron en la pared medianera oriental, el sitio por donde pasaban las aguas o desagües y destruyeron en su predio—el sirviente—el conducto de dichos desagües.

"11. La pared que separa los dos predios es medianera y los demandados la han reconstruido y elevado a una altura considerable, sin haber obtenido el asentimiento previo del comunero de dicha pared, que lo es el dueño de la finca de la carrera sexta, número 127, es decir, del suscrito, como representante de la sucesión de mi finada madre la señora Carmen Llaña de Reyes, y sin haber llevado a cabo el juicio práctico de que habla el artículo 913 del Código Civil, para el caso de que el condueño no dé su asentimiento.

"12. Dicha pared tenía una altura aproximada, antes de la reconstrucción, de tres metros, es decir, hasta el mes de febrero del presente año, y hoy, debido a la reconstrucción, excede de diez metros su altura.

"13. La casa y solar de los demandados, distinguida con el número 214, de la carrera 7ª, o sea el predio sirviente de la servidumbre de desagües, es de propiedad y son poseedores de ella los demandados señores Ignacio Navarro y Carlos Navarro M."

El demandado Carlos Navarro M. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor, y en cuanto a los hechos sólo aceptó los marcados con los números cuarto, quinto, séptimo, undécimo y duodécimo. En el mismo memorial alegó las excepciones perentorias de falta de acción, petición de un modo indebido y cualquier otra que resultara probada en los autos. El otro demandado no contestó la demanda.

En la oportunidad legal el Juez falló así la controversia:

"1º No es el caso de hacer la declaración que se demanda en la primera petición de la demanda.

"2º Tampoco se hace la declaración que se solicita en el segundo pedimento de la demanda.

"3º Condénase al demandado Carlos Navarro M. a pagar a la sucesión de doña Carmen Llaña de Reyes, representada por el doctor Luis F. Reyes Llaña, y seis días después de notificada esta sentencia, la suma de veinte pesos moneda legal y los intereses legales de esta suma, desde el veinticuatro de junio de mil novecientos veinticuatro hasta cuando efectúe el pago total. También se le condena al mismo demandado a pagar al mismo representante de la sucesión Llaña de Reyes la sexta parte del valor de la pared medianera y sus cimientos, en la extensión en que dicha pared es medianera entre los predios del demandante, y en una altura que no excede de tres metros únicamente; este valor se averiguará en juicio separado.

"4º Condénase al expresado demandado Navarro M. a pagar al mismo demandante, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de trescientos pesos moneda legal y los intereses de esta suma desde el veinticuatro de junio de mil novecientos veinticuatro hasta cuando se verifique el pago.

"5º Se absuelve al demandado Carlos Navarro de todos los demás cargos de la demanda.

"6º Se absuelve al demandado Ignacio Navarro de todos los cargos de la demanda.

"Las costas son de cargo del demandado Carlos Navarro."

Ambas partes apelaron en lo desfavorable del fallo anterior, y el Tribunal, por sentencia de veinticuatro de febrero de mil novecientos veintiocho, lo reformó en estos términos:

"Primero. Condénase a Carlos Navarro M. a pagar a la sucesión de la señora doña Carmen Llaña de Reyes, representada por el doctor Luis F. Reyes Llaña y seis días después de notificada la sentencia, la suma de veinte pesos moneda corriente y los intereses legales de esta suma desde el veinticuatro de junio de mil novecientos veinticuatro hasta cuando se efectúe el pago total y como valor de la sexta parte de la pared medianera construida por el demandado, en la parte que excede en altura, a la que tenía la anterior.

"Segundo. Niéganse las declaraciones contenidas en los numerales primero, segundo y sexto de la demanda y por lo tanto absuélvese al demandado Carlos Navarro de los cargos deducidos en esas peticiones, por estar justificada la excepción perentoria de petición de un modo indebido por no habersé alinderado en la demanda el predio o casa del demandado.

"Tercero. Absuélvese a Carlos Navarro M. de los demás cargos contenidos en el libelo de demanda.

"Cuarto. Absuélvese a Ignacio Navarro M. de todos los cargos de la demanda.

"Quinto. No hay costas ni en el juicio ni en el recurso."

Contra este fallo interpuso el demandante recurso de casación que la Corte admite y procede a decidir por haberse determinado el valor de la cuantía de la acción según ella lo dispuso previamente en fallo de veinte de marzo de mil novecientos veintinueve.

En la demanda de casación se alegaron las causales primera y segunda de que trata el artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Causal segunda.

En apoyo de esta causal dice el recurrente que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones que oportunamente dedujo el demandante, sino que con su infundado procedimiento el Tribunal violó los artículos 879, 883, 891, 913, 915, 941, 2341, 2342 y concordantes del Código Civil, y el 9º de la Ley 95 de 1890, en que se define y regula lo relativo a servidumbres de aguas lluvias y desagües, medianería e indemnización por las culpas y agravios contra el derecho y la propiedad ajenos, como se deduce de todo lo expuesto en los apaites que anteceden, pues estas disposiciones—dice el recurrente—son las aplicables al caso controvertido.

Se observa:

Este cargo es infundado, porque el Tribunal no dejó de resolver sobre lo pedido en los puntos primero, segundo y sexto de la demanda, que es uno de los casos en que procede la causal segunda por defecto en el fallo, sino que declaró que esas peticiones no eran procedentes por defecto en la demanda, lo que es muy distinto. Ahora, si el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho y con ello quebrantó las disposiciones sustantivas que señala el autor del recurso, entonces la acusación es por primera y no por segunda causal, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Causal primera.

Anota el recurrente como fundamentos de esta causal los siguientes, en síntesis:

Que el Tribunal se abstuvo de hacer las declaraciones primera, segunda y sexta de la demanda, sobre servidumbre de desagüe y su reglamentación, por cuanto dice que la acción de servidumbre es de predio a predio y hay por consiguiente necesidad de determinar el predio dominante y el sirviente, no sólo por su número y nombre, sino también por sus linderos; que a juicio del Tribunal esta determinación no aparece de la demanda, respecto del predio sirviente, lo cual no es exacto—dice el autor del recurso—porque ella quedó hecha sin lugar a duda, no solamente por reconocimiento de los demandados, sino por la inspección ocular practicada por el Juez de primera instancia. Que si se aceptara la tesis anterior del Tribunal, resultaría que en caso como el de que se trata sería imposible acreditar la acción, porque si el demandante, de acuerdo con dicha tesis establecía los linderos del predio sirviente, tal como aparecen en el título del dueño anterior al actual, se le diría que no los había comprobado de conformidad con el título, porque estos linderos son distintos de aquél, debido a la circunstancia de la variación de propietarios colindantes; y que si el demandante acreditaba los linderos del predio sirviente, conforme al último título, el de los demandados, entonces se le alegaría que no era procedente su acción, por no ser hoy esos linderos iguales a los del título primitivo. Que la determinación exigida se explica, y es indispensable, tratándose de una acción de dominio o reivindicatoria, pero no respecto de acciones sobre servidumbres en que basta que no haya confusión entre los dos predios, dominante y sirviente. Concluye el recurrente en esta parte de su acusación, diciendo que al no declarar el Tribunal la tesis contraria a la anterior, no sólo ha dejado de resolver las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandante, sino que indirectamente ha violado la ley sustantiva, dejando de aplicarla al caso del pleito, y terminantes disposiciones del Código Civil.

Se observa:

Entre los requisitos que debe contener la demanda de casación, conforme al artículo 9° de la Ley 90 de 1920, figura el de que se indique o señale cuál ha sido la ley violada por el fallo acusado, y cuál la aplicable al caso del pleito.

Respecto de la causal primera que se considera, y en cuanto se ataca la sentencia por no haber hecho el Tribunal las declaraciones primera, segunda y sexta de la demanda, no cita el autor del recurso en el capítulo respectivo de su alegato, disposición legal alguna que el Tribunal hubiera violado, pues se limitó a decir que el fallo violó indirectamente terminantes disposiciones del Código Civil, y por ello debe infirmarse el fallo, lo que no es suficiente, al tenor de la disposición antes citada y la jurisprudencia sentada por esta corporación. (Véase Gaceta Judicial, número 1833). Como el Tribunal declaró probada la excepción de petición de un modo indebido respecto de los puntos primero, segundo y sexto de la demanda, y por ello absolvió a los demandados, lo que obliga al demandante a promover otro juicio para obtener esas prestaciones, el recurrente debió acusar la sentencia por errores de hecho y de derecho, en la manera de interpretar la demanda y demás pruebas del proceso que llevaron al sentenciador a tal conclusión; y como así no lo hizo el recurrente, el cargo no puede prosperar.

En orden a la misma causal, dice el recurrente que el libelo de demanda contiene también estas peticiones:

1° La relativa al pago de los perjuicios, por haber demolido los demandados la pared medianera entre los dos predios, sin permiso del dueño del predio dominante, y sin seguir el juicio práctico de que habla la ley; por haberse extendido aquella demolición, no solamente a los cimientos de la misma pared, sino a la destrucción de los desagües, tanto al pie de dicha pared como en el solar del predio dominante, más la ejecución de obras en el mismo predio; y

2° La relativa al pago de la sexta parte de la mayor altura de la pared medianera.

Que el Tribunal sólo reconoció esta última petición, a pesar de ser también sobre servidumbres, y después de haber negado las dos primeras, pero negó los demás perjuicios demandados, fundándose en que la ley no reconoce perjuicios por aquella omisión, no obstante—dice el autor del recurso—el grave irrespeto que irroga a la propiedad ajena, de haberse avaluado por peritos estos perjuicios en \$ 300, y de estar consagrado en todas las legislaciones y en el Código Civil el principio de que todo el que causa perjuicio en la persona o propiedad de otro está obligado a indemnizarlo, como resulta de terminantes disposiciones de dicho Código en el capítulo de servidumbres (medianería) y en el de responsabilidad por los delitos y las culpas civiles. Que al aceptarse la teoría ilegal del Tribunal—continúa el recurrente—se justificarían y aprobarían hechos como los ejecutados por el demandado, consistentes en demoler la pared y cambiar los cimientos por sí y ante sí, y ocupar los obremos del demandado el predio del demandante con materiales para esa obra. Que todos estos hechos son indiferentes para el Tribunal, y que la violación del mandato imperativo del artículo 912 del Código Civil no es violación de la ley ni irrespeto a la propiedad ni al derecho ajeno, ni da lugar a indemnización, sino que es preciso la denominación de cada uno de los casos de penalidad civil. Tales son, en síntesis, los razonamientos del recurrente en la segunda parte de su exposición para fundar ese cargo.

Como se ve, la única disposición que el recurrente cita como violada por el Tribunal en la segunda parte de su alegato, es la del artículo 912 del Código Civil, según la cual “en todos los casos, y aun cuando conste que una cerca o pared medianera pertenece exclusivamente a uno de los predios contiguos, el dueño del otro predio tendrá el derecho de hacerla medianera en todo o en parte, aun sin el consentimiento de su vecino, pagándole la mitad del valor del terreno en que está hecho el cerramiento, y la mitad del valor actual de la porción del cerramiento cuya medianería pretende”; pero admitiendo que el autor del recurso hubiera querido señalar como violada esta disposición, la del artículo 2341 del Código Civil, por cuanto invoca el principio que aquella consagra, y la del artículo 913 de la misma Ley, a estas tres disposiciones limitará la Corte el estudio del recurso, ya que respecto del Código Judicial o Ley 103 de 1923, no cita el recurrente disposición alguna violada.

Por lo que hace al artículo 912 del Código Civil, no puede reconocerse que el Tribunal lo hubiera violado directa o indirectamente, porque ni lo cita siquiera en su fallo, ni se trata del caso en él contemplado, porque el demandante no ha sostenido que sea dueño exclusivo de la pared divisoria de que habla la demanda, y aunque lo fuera, tal disposición establece precisamente que para hacer medianera una pared o cerca divisoria, el vecino

no necesita el consentimiento del dueño de ella; luego mal puede tener derecho éste—en el caso el demandante—a perjuicios, porque el vecino no le tome consentimiento para ese efecto.

Respecto de los artículos 2341 y 913 del Código Civil, parece que el recurrente estima que el Tribunal los violó porque no le reconoció al demandante perjuicios distintos del valor de la sexta parte de la pared medianera, en lo que excede de la antigua, o sea estos perjuicios: por no haber obtenido los demandados permiso del demandante para la reconstrucción de la pared; por haber variado los demandados el nivel del solar del actor, y por haber arrojado allí materiales para la obra, perjuicios ambos que el recurrente dice fueron estimados por peritos ingenieros en la suma de trescientos pesos, sin contradicción de los demandados; y de otro lado, porque tampoco se le reconocieron perjuicios al demandante por la elevación de la nueva pared.

Respecto de estas tres clases de perjuicios declaró el Tribunal que no estaban probados (cuaderno número 9, folio 29).

De modo que al estimar el recurrente que el Tribunal violó las disposiciones antes citadas, por no haber tenido en cuenta dicho avalúo, debió acusar la sentencia por error evidente en la falta de estimación de esta prueba, y es el caso que así no lo hizo el recurrente, por lo cual el cargo es ineficaz.

Respecto de los perjuicios por la demolición de la pared antigua medianera, dijo el Tribunal lo siguiente:

“Pero no hay lugar a ninguna indemnización por la parte reconstruida, en lo que no exceda de la altura que antes tenía la pared; la razón de esto es también muy clara: el colindante de la pared que reconstruye su vecino que, siendo dueño de la mitad de la pared nueva, en lo que no exceda de la altura que antes tenía, luego mal podía quedar dueño de esa mitad en la forma dicha, y tener derecho a que el que la reconstruya le pague una sexta parte.”

No ha aducido el autor del recurso razón alguna para establecer que sea erróneo este concepto del Tribunal, y por ello no puede reconocerse que con él hubiera violado las dos disposiciones últimamente citadas. No de modo directo, porque así no viene la acusación. Tampoco indirectamente, porque parece que el recurrente lo atribuye a no haberse tenido en cuenta pruebas del proceso, y ya se dijo que no acusó el fallo por error de hecho en la apreciación de esas pruebas: luego el cargo es ineficaz.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia de fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos veintiocho, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este juicio.

Condénase al recurrente al pago de las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase oportunamente el expediente al Tribunal de su procedencia.

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre veinte de mil novecientos treinta y uno:

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Félix A. Zapata demandó a Juan Pablo Tamayo para que se hicieran estas declaraciones:

“a) Que los bienes, derechos y valores determinados y alinderados en el hecho 6° de esta demanda, adjudicados al demandado Juan Pablo Tamayo, son de mi propiedad, porque el Tribunal Superior declaró, por sentencia de siete de diciembre de mil novecientos veintitrés, que el doctor Vitalino de los Ríos era dueño de esos bienes, y este señor me los vendió a mí por escritura pública número 2938, de diez y nueve de diciembre de mil novecientos veintitrés, pasada en la Notaría 3ª del Circuito de Medellín, y que como el demandado Tamayo los tiene y posee hoy, está en la obligación de restituirlos seis días después de ejecutoriada la sentencia definitiva que se dicte en este negocio.

“b) Que Tamayo debe restituirme dichos bienes, purificados de hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en ellos, lo mismo que los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que yo, como dueño, hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en mi poder, y que si no existen esos frutos, me debe el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción, por ser el demandado poseedor de mala fe, desde el siete de diciembre de mil novecientos veintitrés, fecha en que declaró el Tribunal Superior que los bienes cuya restitución se solicita, eran del doctor Vitalino de los Ríos, y que luego pasaron a mi poder.

“c) Que el demandado debe pagar las costas del juicio como litigante temerario, si diere lugar a él.”

El Juez falló así:

“1° Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada en la contestación de la demanda.

“2° Se declara que el señor Juan Pablo Tamayo está en la obligación de entregar, dentro del término de tres días, al señor Félix A. Zapata Posada, o a quien legalmente o lo represente, los bienes, derechos y valores de que trata la primera de las peticiones de la demanda en el libelo principal, bajo la letra a), o sea los mismos objetos a que se refiere la hijuela que se le adjudicara al demandado en la sucesión del extinto Miguel Angel Gutiérrez, como cesionario de la cónyuge sobreviviente Estefanía Valderrama, por ser hoy el demandante dueño de todos esos bienes, conforme a los títulos que obran en el juicio y que se han analizado en la parte motiva de este fallo. La entrega debe hacerla con la exclusión de la cantidad de ciento cincuenta y seis pesos cuarenta centavos (\$ 156-40) oro, que son de su propiedad, por valor reconocido en la cuenta de gastos invertidos por el mismo demandado en la causa mortuoria del citado Gutiérrez.

“3° La restitución ordenada en el numeral anterior debe hacerse con respecto a los bienes raíces, con las anexidades reputadas inmuebles, según el artículo 972 del Código Civil.

“4° Declárase que el señor Juan Pablo Tamayo es poseedor de buena fe, y como tal, está en la obligación de restituir los frutos naturales y civiles percibidos o debi-

dos percibir por el dueño con mediana inteligencia y actividad, desde el día catorce de julio de mil novecientos veintiséis en adelante, fecha de la contestación de la demanda, cuyo valor se fijará en juicio aparte. El demandante, a su vez, deberá pagar al demandado señor Tamayo las expensas necesarias y mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda, en los inmuebles Guatacá y Cañaveral, que ha venido poseyendo, comprendidos por los linderos que se expresan en el numeral 6° de la narración de los hechos del primitivo libelo:

"5° Como el demandado invocó desde la misma contestación el derecho de retención de los bienes, en el caso de ser vencido, de acuerdo con el artículo 972 del Código Civil, hasta que se le abonen las expensas necesarias y el valor de las mejoras, a cuyo pago está obligado el demandante, se declara que Tamayo puede retener dichos bienes hasta que se verifique el pago, o se le asegure la deuda a su satisfacción, caso en el cual se extingue el derecho de retención, previo un juicio sumario, seguido de conformidad con lo establecido en el Título XII del Libro 2° del Código Judicial, como lo dispone el artículo 10 de la Ley 95 de 1890.

"6° No hay lugar a hacer las declaraciones que se solicitan bajo los números 1° y 2° del libelo adicional de la misma demanda, por cuanto los puntos a que dichas peticiones se contraen deben discutirse y decidirse con la audiencia de todos los que figuraron en el juicio mortuario del finado Miguel Angel Gutiérrez, toda vez que tratándose de las particiones y adjudicaciones hechas en un juicio de sucesión, éstas no pueden rescindirse o anularse, sino mediante el seguimiento del correspondiente juicio ordinario, con la intervención de los respectivos interesados. En consecuencia, se absuelve al demandado de los cargos que singularmente se le formulan.

"7° En cuanto a las peticiones que se solicitan bajo los números 3° y 4° del mismo libelo adicional, ellas han quedado incorporadas en las declaraciones anteriores; y

"8° No se hace especial condenación en costas."

El Tribunal confirmó el fallo anterior, y como de él se interpuso recurso de casación, la Corte lo estudia por estar ajustado a normas.

Conviene copiar los hechos en que se fundó la demanda, para mejor inteligencia del recurso:

"1° Por escritura pública número 93, de trece de febrero de mil novecientos veinte, pasada en la Notaría de este Circuito, Estefanía Valderrama vendió al señor Juan Pablo Tamayo los derechos que por capital, gananciales, porción conyugal o por cualquier otro título le correspondieren a la vendedora en la sucesión de su marido Miguel Angel Gutiérrez, muerto en este Municipio en el año de mil novecientos diez y nueve, pero como esta escritura no fue registrada debidamente, Tamayo no quedó dueño de lo comprado, como lo falló el Tribunal Superior por sentencia definitiva ejecutoriada y registrada.

"2° Por escritura pública número 432, de veintiocho de agosto de mil novecientos veinte, pasada en la Notaría de este Circuito de Sopetrán, la señora Estefanía Valderrama, ya mencionada, vendió al doctor Vitalino de los Ríos los derechos que por capital, gananciales, porción conyugal o por cualquier otro título correspondieron a la vendedora en la sucesión de su marido Miguel Angel Gutiérrez, muerto en este Municipio en el año de mil novecientos diez y nueve, y esta escritura se re-

gistró en el Libro de Registro número 2° y en el Libro de Registro de causas mortuorias, como lo manda la ley.

"3° El veinte de mayo de mil novecientos veintiuno, demandó el doctor Vitalino de los Ríos al señor Juan Pablo Tamayo, para que se declarara por sentencia definitiva que, en virtud de la venta que le hizo Estefanía Valderrama, quedó transferida a dicho doctor De los Ríos la posesión efectiva de los derechos vendidos, como lo manda el artículo 759 del Código Civil, con prelación a los derechos pretendidos por Tamayo, y con derecho preferente para que se le adjudicaran esos derechos en la partición de bienes de la sucesión del citado Gutiérrez.

"4° Por sentencia de veintinueve de julio de mil novecientos veintidós, el señor Juez de primera instancia no accedió a lo pedido por el doctor Vitalino de los Ríos, pero el Tribunal Superior, por sentencia de siete de diciembre de mil novecientos veintitrés, ejecutoriada y registrada, reformó la de primera instancia ya citada, y dispuso:

'Primero. Declárase que el demandante doctor Vitalino de los Ríos, con mejor derecho que el demandado señor Juan Pablo Tamayo, es dueño, como cesionario de Estefanía Valderrama, de los derechos que a ésta le corresponden en la sucesión de su marido Miguel Angel Gutiérrez, por gananciales, porción conyugal o cualquier otro título, conforme a la escritura pública 432, de veintiocho de agosto de mil novecientos veinte, otorgada ante el Notario público del Circuito de Sopetrán.

'Segundo. En consecuencia, el doctor De los Ríos tiene derecho para intervenir en la sucesión dicha para que se le adjudiquen en la partición los bienes que a Estefanía Valderrama le correspondan.

'Salvador Ossa, Lisandro Restrepo, Fabio Gartner, Luis E. Berrio, Secretario.'

"5° Por auto de veintisiete de octubre de mil novecientos veinticinco, el Tribunal Superior negó el recurso de casación interpuesto por el señor Juan Pablo Tamayo contra la sentencia de fecha siete de diciembre de mil novecientos veintitrés, dictada por el Tribunal Superior, y declaró ejecutoriada dicha sentencia, la cual fue registrada el siete de febrero de mil novecientos veintiséis.

"6° El siete de julio de mil novecientos veintidós se hizo la liquidación y partición de los bienes en la sucesión de Miguel Angel Gutiérrez, y se adjudicaron a Juan Pablo Tamayo, para pagarle por gastos, \$ 156 \$ 40 centavos (sic), y por gananciales de la venta de Estefanía Valderrama, 1,841 \$, los bienes siguientes: según hijuela número 1°, para cubrir esta suma se le adjudican los siguientes bienes:

"a) El crédito a cargo de Estefanía Valderrama, por doscientos sesenta pesos, número diez y nueve del inventario, \$ 260.

"b) El crédito contra Rafael Duque, por ciento cuarenta pesos, número veinte del inventario, \$ 140.

"c) En el crédito contra Rafael Duque, por ciento veinte pesos, número veintiuno del inventario, se le adjudican ochenta pesos, \$ 80.

"d) El crédito contra Pompilio Gutiérrez, por veinticinco pesos, número veintidós del inventario, \$ 25.

"e) El crédito contra José Herrera, por cuarenta pesos, número veintitrés del inventario, \$ 40.

"f) El lote de terreno nombrado Guatacá, situado en la loma de Montegrande, de este Municipio, alistado

bajo el número segundo del inventario, y demarcado por estos linderos:

'Partiendo de una peña que está en una falda, lindando con la finca inventariada bajo el número anterior, de travesía, a la cabecera de una chamba, lindero con la misma finca; de aquí, a un filito, que está en el borde de un monte; por este borde, para abajo, hasta una cañada con agua, lindero con terrenos de Benjamín Herrera; de aquí, para abajo, hasta encontrar lindero con terreno de Faustino Tavera; por todo este lindero, hasta encontrar lindero con Benita Vanegas; por todo el lindero con ésta, hasta encontrar lindero con terreno de Milagros Vanegas; por todo este lindero, a dar a otra cañada con agua, lindero con terreno de José Pulgarín; por dicha cañada, para arriba, hasta ponerse enfrente de la peña que está en la falda, punto de partida.' En su valor (sic), 250 \$.

'g) El globo de terreno denominado Cañaveral, situado en la loma de Montegrande, de este Distrito, con casa y cocina de pajas, que sirve de trapiche, con mejoras de caña de azúcar, café y plátano, alistado bajo el número tercero del inventario, y demarcado por estos linderos:

'Partiendo de una chamba, lindero con Benjamín Herrera, por unos mojones de piedra, hasta llegar a una cañada; ésta, abajo, hasta llegar a la travesía que entra para los trabajadores del punto Cañaveral; de aquí, por unos bordes, hasta un mojón, lindero con Benjamín Herrera; de aquí, de travesía, a otro que está en una cañada con agua; cañada abajo, hasta su desemboque hasta la quebrada Mirandita; ésta, arriba, hasta una cañada con agua, con Luis Londoño; ésta, arriba, hasta donde termina; de aquí, por unos mojones, hasta un filo; éste, arriba, hasta llegar a los linderos con Nicanor Vanegas y Félix Herrera; del lindero con dichos señores, por un filo para arriba, hasta la chamba, punto de partida.' (\$ 1,200).

'h) Los dos taburetes forrados en cuero, número ocho del inventario, \$ 2-40; total \$ 1,997-40. El señor Juan P. Tamayo pagará la cantidad de \$ 57-35, de que tratan los comprobantes de folios 24 a 27 del expediente, a la viuda Estefanía Valderrama o al señor Benjamín Zapata, a cuyo favor están expedidos los recibos.

Manuel A. Uribe G.

Sopetrán, julio 7 de 1922.

'7° El Juzgado 1° del Circuito de Sopetrán, por sentencia de fecha siete de julio de mil novecientos veintidós, aprobó dicha partición, y declaró ejecutoriada la sentencia por auto de ocho del mes y año citados, y se registró el veintisiete del mes y año ya mencionados.

'8° El cinco de septiembre de mil novecientos veintidós, el mismo señor Juez, que aprobó la partición, entregó materialmente al señor Juan Pablo Tamayo los bienes raíces que se le adjudicaron, y la hijuela respectiva se registró el cinco de septiembre del año de mil novecientos veintidós.

'9° Por escritura pública número 2938, de primero de diciembre de mil novecientos veintitrés, pasada en la Notaría 3° del Circuito de Medellín, el doctor Vitalino de los Ríos me vendió los derechos por gananciales, porción conyugal o cualquier otro título adquirido, por venta que le hizo Estefanía Valderrama en la sucesión de su esposo Miguel Angel Gutiérrez, según escritura número 432, de veintiocho de agosto de mil novecientos veinte, pasada en la Notaría de este Circuito, y por haberlo reconocido el Tribunal Superior como dueño único de los mencionados derechos o bienes, según sentencia

de siete de diciembre de mil novecientos veintitrés, ya citada.

'10. Desde el siete de diciembre de mil novecientos veintitrés, que el Tribunal Superior declaró que el doctor Vitalino de los Ríos era dueño de los bienes que la Valderrama le vendió, y que no lo era Tamayo, quedó este señor sin derecho para retener dichos bienes y con la obligación de entregarlos a su legítimo dueño.

'11. Del siete de diciembre de mil novecientos veintitrés en adelante, siguió poseyendo Tamayo, de mala fe, los bienes que se le adjudicaron, porque en esa fecha declaró el Tribunal Superior que eran del doctor De los Ríos, y por consiguiente, dicho Tamayo, como poseedor de mala fe, es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa haya sufrido la cosa, y es obligado a restituir esa con sus frutos naturales, 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 si no existen los frutos, debe el valor que tenían o hubieran podido tener al tiempo de la percepción.

'12. Como hoy los bienes y derechos que declaró el Tribunal Superior que eran del doctor Vitalino de los Ríos, son de mi propiedad, y son los mismos que provienen de la venta que hizo la Valderrama, primero a Tamayo y luego al doctor De los Ríos, tal como queda relacionado en los hechos anteriores, tengo perfecto derecho para pedir que se me entreguen aquellos bienes ya adjudicados a Tamayo, porque esos mismos bienes y derechos o valores se hubieran adjudicado a su dueño, que lo era el doctor De los Ríos, si la partición se hubiera hecho con posterioridad a la sentencia del Tribunal Superior."

El recurrente considera que el Tribunal violó los artículos 665, 666 y 669 en relación con los 946, 947 y 950 del Código Civil, violación que hace consistir en que el sentenciador reconoció que Zapata podía ejercitar la acción reivindicatoria para pedir la restitución de créditos personales, que fue una parte de los bienes que se le adjudicaron a Juan Pablo Tamayo en la sucesión de Miguel Angel Gutiérrez, y que también carecía de esta acción para reclamar los lotes de terreno de Guatacá y Cañaveral, para él personalmente, ya que la acción reivindicatoria no se concede sino para los casos corporales, raíces y muebles.

Para la Corte es clarísimo tal quebrantamiento de los textos citados, porque la ley expresamente dice que son bienes incorpóreos los créditos (artículo 653); que las cosas incorpóreas son derechos reales o personales y que los créditos son derechos personales (artículo 665), y es bien sabido que la acción reivindicatoria sólo se extiende a las cosas corporales, raíces y muebles (artículo 947), y los créditos, según los artículos antes citados, son cosas incorpóreas que escapan a la reivindicación.

En cuanto a los lotes de terreno, cabe advertir que Zapata no ha demostrado que sea dueño, pues la partición, que es título traslativo de dominio, no se efectuó a favor de éste sino de Tamayo, y si bien es cierto que Zapata, como causahabiente del doctor De los Ríos, es dueño, según sentencia ejecutoriada, de los derechos que le pudieran corresponder a Estefanía Valderrama en la sucesión de su marido Miguel Angel Gutiérrez, ese título no le da derecho sobre ningún bien determinado, máxime cuando ni él ni su causante De los Ríos figuraron en el juicio de sucesión y ni en él se le reconoció a Zapata el carácter de cesionario de la Valderrama.

La partición está en firme, y mientras ella no se infirme, hay que reconocer que Tamayo es el adjudicatario de los bienes que se le adjudicaron en esa diligencia judicial, y si por sentencia ejecutoriada se reconoció al doctor De los Ríos con mejor derecho que Tamayo a los derechos de la Valderrama en la sucesión de su marido, ese fallo, como allí se dice, lo capacitaba para intervenir en el juicio de sucesión de Miguel Angel Gutiérrez, pero si eso no se hizo en ese entonces, y se permitió que Tamayo siguiera figurando como cesionario de la Valderrama, la partición y adjudicación de esos derechos convirtió a Tamayo en dueño, y mientras ese título no sea enervado por los medios legales, hay que considerarlo dueño.

Por estos motivos habrá que casar el fallo, pero como es evidente que Zapata tenía derecho preferente, como cesionario de la Valderrama, sobre lo que le pudiera tocar a la cónyuge, se le dejará a salvo su derecho para que lo haga valer en otro juicio, si es que no ha prescrito la acción.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha agosto doce de mil novecientos treinta.

Segundo. Revócase la sentencia de primera instancia.

Tercero. Declárase probada la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido.

Cuarto. Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre veintitrés de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

Ramón María Rosas y su mujer Gregoria Guadalupe Merchán de Rosas, por medio de apoderado demandaron a José Marcos Olinto Navas o Merchán, para que, con su audiencia, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es absolutamente nulo el acto por el cual el señor Juan Marcelino Merchán reconoció como hijo natural suyo a José Marcos Olinto Navas o Merchán, hijo natural de Efigenia Navas, y nacido en Cúcuta el dos (2) de junio de mil ochocientos noventa, por cuanto el que hizo el reconocimiento referido se hallaba en esa sazón en estado de demencia habitual.

"Segunda. Que consecuentemente es nula la escritura número 791, de fecha siete de octubre de mil novecientos diez y nueve, otorgada ante el Notario 2° de este Circuito y los testigos instrumentales señores Pablo Pérez C. y Leopoldo Berbesi E., por medio de la cual escritura Juan Marcelino Merchán dizque reconoció como hijo natural suyo al demandado José Marcos Olinto Navas o Merchán, y éste aceptó el beneficio; escritura que fue inscrita en la Oficina de registro de instrumentos públicos de este Circuito, bajo la partida número 371, de fecha nueve de octubre del mismo año.

"Tercera. Que el demandado José Marcos Olinto Navas o Merchán, a quien se refieren los dos puntos anteriores, no tiene, por consiguiente, el carácter de hijo natural del causante, que se hace figurar como padre natural de dicho demandado.

"Cuarta. Que los únicos herederos de Juan Marcelino Merchán lo son sus hermanos legítimos o legitimados, llamados Gregoria Guadalupe y Francisco de Asís Merchán, hijos de los mismos padres del causante y legitimados por instrumento público.

"Quinta. Que el demandado debe restituir a los herederos de Juan Marcelino Merchán, ya indicados, todos los bienes que retiene con el carácter de hijo natural, y frutos percibidos o pendientes, ya sean civiles o naturales, y resarcirles los perjuicios causados por la destrucción de tales bienes."

Fúndase la demanda en los siguientes hechos:

"1° Juan Merchán y Ana María Caminos contrajeron matrimonio civil ante el Juez de este Distrito el veintidós de febrero de mil ochocientos sesenta y nueve, como consta de la escritura pública número 446, de fecha treinta y uno de diciembre del propio año, y en ese mismo instrumento los desposados, de modo expreso, declararon que legitimaban a sus hijos nacidos antes del acto matrimonial, llamados Silveria de Jesús, Gregoria Guadalupe y Francisco de Asís, nacidos, respectivamente, el treinta y uno de diciembre de mil ochocientos sesenta y uno, el veinticuatro de abril de mil ochocientos sesenta y cuatro, y el cuatro de octubre de mil ochocientos sesenta y siete. Aparece como hijo legítimo ipso jure, por haber sido concebido antes del matrimonio y nacido en él, el señor Juan Marcelino Merchán, nacido el veintiséis de abril de mil ochocientos sesenta y nueve.

"2° Habiendo fallecido los padres de Juan Marcelino Merchán y la hermana de éste, Silveria de Jesús Merchán, sin dejar descendientes legítimos ni naturales, legalmente reconocidos, son herederos legítimos del causante, Gregoria Guadalupe Merchán, casada hoy con el señor Ramón María Rosas, y Francisco de Asís Merchán, legitimados legalmente por sus padres en el acto de su matrimonio.

"3° El reconocimiento que Juan Marcelino Merchán se hizo por escritura pública número 791, de siete de octubre de mil novecientos diez y nueve, ante el Notario 2° de este Circuito, otorgada cuando dicho otorgante se hallaba en actual estado de demencia habitual, demencia que databa de mucho antes de ese reconocimiento ficticio, y por consiguiente no estaba en capacidad para dar su consentimiento y para expresar su voluntad para este acto.

"4° La escritura en que tal acto se hizo constar, es también nula, por la misma causa; pues el Notario ha debido cumplir lo dispuesto por las leyes civiles, al convenirse del estado de demencia del otorgante, y no lo hizo.

"5° Juan Marcelino Merchán fue declarado en interdicción judicial por causa de demencia habitual, por auto del Juez 2° de este Circuito, proferido el siete de septiembre de mil novecientos veinte, que fue confirmado por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, con fecha tres de marzo de mil novecientos veintiuno.

"6° La interdicción fue declarada en virtud de tres reconocimientos medicolegales, conforme a las exposiciones consecutivas hechas por los doctores José María Forero Cote y Sebastián Mantilla, quienes declararon que Merchán era maniaco delirante, que sufría de pe-

riencefalitis crónica difusa; lo que lo hacía inepto para el manejo de sus intereses.

"7º Las causas generadoras de la demencia del interdicto, databan de años anteriores, en forma que cuando se efectuó el reconocimiento de cuya nulidad se trata, ya él se hallaba enajenado e incapaz para el manejo de sus intereses y para obrar libre y voluntariamente.

"8º Poco tiempo después, noventa días del reconocimiento de hijo natural, materia de esta demanda, Juan Marcelino Merchán ingresó al manicomio de Maracaibo, a donde había sido reducido por miembros de su familia, para someterlo a un tratamiento por causa de locura, hecho que ocurrió en enero de mil novecientos veinte, poco más de tres meses del reconocimiento expresado.

"9º Juan Marcelino Merchán se hallaba loco o demente desde mucho antes del siete de octubre de mil novecientos diez y nueve, por causa de una periencefalitis crónica, que había perturbado profundamente sus facultades mentales, y lo habían hecho incapaz para el manejo de sus negocios y para toda clase de contratos o declaraciones de voluntad, y este estado de demencia era crónico.

"10. La escritura pública que contiene el reconocimiento materia sujeta de esta demanda, fue inscrita por el Notario 2º de este Circuito, y el otorgante Merchán firmó el instrumento sin conocimiento de lo que hacía y sin voluntad ni intención por el notorio estado de alienación mental en que se encontraba en tales momentos.

"11. Mi mandante, doña Gregoria Guadalupe Merchán de Rosas, como hermana legítima de Juan Marcelino Merchán, y su hermano Francisco de Asís Merchán, han sido declarados herederos, y como tales, tienen derecho a demandar las declaraciones que se piden en esta demanda, a fin de evitar el fraude que se pretende consumir con el reconocimiento de hijo natural hecho en favor del demandado.

"12. El demandado logró que se le discerniera el cargo de curador legítimo del interdicto Juan Marcelino Merchán, y con tal carácter recibió por inventario solemne todos los bienes del demandado, y muerto éste, ha continuado en la tenencia de esos bienes, sin haber rendido las cuentas de la curaduría y usufructuando de ellos libremente; de donde se deduce que desde la muerte del interdicto, el demandado debe la restitución de los bienes que recibió, a sus herederos, y los frutos naturales percibidos y pendientes, así como los que los verdaderos herederos hubieran podido percibir estando los bienes en su poder."

Como fundamentos de derecho invocó los artículos 1502, 1503, 1504, 553, 6º, 2593, 1387 del Código Civil; 55, 25, 22 de la Ley 153 de 1887.

Admitida la demanda por el Juzgado 2º del Circuito de Cúcuta, al cual fue repartido ese escrito, se dio en traslado al demandado, quien la contestó oponiéndose a sus pretensiones, rechazó sus fundamentos de derecho, y en cuanto a los hechos en que se funda, no aceptó el marcado con el número 1º, negó rotundamente los marcados con los números 3, 4, y 10, aceptó sencillamente, sin ningún aditamento, los distinguidos con los números 5 y 6, y respecto de los demás, dijo:

Al 2º: "En parte es cierto y en parte nó."

Al 7º: "No es cierto; la enfermedad le fue ocasionada a mi padre por el robo que sufrió en sus dineros, joyas

y papeles de crédito, el día en que hizo abrir por unos mecánicos su caja de caudales. La enfermedad que lentamente venía minando su organismo, hizo inmediatamente su aparición franca."

Al 8º: "Es cierto; la enfermedad que obligó a poner a mi padre en interdicción, fue ocasionada por un robo que de sus dineros, joyas y papeles le hicieron el día en que por unos mecánicos hizo abrir su caja de caudales. Tan cierto es, que yo, miembro de familia, hube de atender a los gastos de hospitalización de mi padre en Maracaibo, guardo fuertes sumas en dinero a los miembros de familia que lo llevaron, y que luego se aparecieron en esta ciudad vendiendo mercancías de contrabando."

Al 9º: "No es cierto; podría (¿quien lo sabe?) la enfermedad haber comenzado a minar su organismo; pero para la fecha del reconocimiento aún no había hecho manifestación, la menor, que hiciera creer en la existencia de la demencia."

Al 11: "No se desconoce el derecho que han tenido los demandantes de evitar fraudes; tan así es, que para evitar que mi padre cogiera su dinero el día en que hizo abrir la caja de caudales, los demandantes se llevaron el dinero, fincas y papeles de crédito, ocasionándole, con tal hecho, la enfermedad de que murió."

Al 12: "Aun cuando incongruente con las declaraciones que el demandante pide se hagan, el hecho es cierto en la primera parte, mas nó en la segunda, en que como legítimo de mi padre debo, antes de reclamar el dinero que le fue saqueado de su caja de caudales, lo que le ocasionó la enfermedad."

Terminó el demandado proponiendo la excepción de "prescripción de la acción de impugnación o nulidad del reconocimiento de hijo natural. Baso ésta excepción—dijo—en los artículos 58 de la Ley 153, numeral 5º, y 248, Código Civil, inciso 4º, y 339, 340 y 341, Código Judicial. Es hecho de esta excepción:

"1º En que el transcurso del tiempo ha extinguido la acción que el demandante o demandantes pudieran tener para impugnar mi reconocimiento o para pedir su nulidad en el caso (que no existe) en que tal reconocimiento fuera impugnabile o anulable.

"Está de mi parte, y desde ahora la invoco, la presunción legal establecida por el artículo 553 del Código Civil, inciso 2º, y ofrezco la prueba de los antecedentes de tal presunción, durante el término de prueba correspondiente."

El fallo de primera instancia, proferido el diez de noviembre de mil novecientos veinticinco, desató la controversia absolviendo al demandado de los cargos de la demanda, con costas a cargo del demandante. Apelada por éste esa sentencia, subieron los autos al Tribunal Superior de Pamplona, el cual la confirmó por medio de la suya, de fecha veinte de agosto de mil novecientos veintinueve, con costas a cargo del apelante.

La parte actora interpuso el recurso de casación, y concedido éste por el sentenciador de segunda instancia, la Corte lo admite por reunir las condiciones legales. El doctor Guillermo García, apoderado de la parte recurrente, fundó el recurso ante el Tribunal, invocando en su demanda la causal primera de casación. El apoderado ante la Corte alega, además, la causal segunda, y agrega otros cargos en apoyo de la primera. Se procede al examen de ambos recursos, comenzando por el estudio de la segunda causal:

Fúndase ésta en "que el fallo acusado dejó de fallar sobre las excepciones perentorias alegadas por el demandado al dar respuesta a la demanda"; pero, para desechar esta acusación, basta observar que, como se dijo en casación de 19 de julio de 1923, "el recurso de casación, lo mismo que el de apelación, lo interpone el recurrente contra la parte de la sentencia que le es desfavorable; y no con el objeto de favorecer a la parte contraria" (Gaceta Judicial, XXX, 102, 2ª). No es, por tanto, admisible que el demandante venga a fundar su acusación basándose en que el Tribunal no falló sobre las excepciones que a su demanda le opuso el demandado. No está por demás hacer constar que, aparte de eso, la causal de que se trata es totalmente inconducente, pues en la parte motiva del fallo sí están apreciadas las excepciones propuestas por el demandado, y, además, como en ese fallo se absuelve a éste de los cargos de la demanda, no era del caso entrar a decidir si están o no probadas las excepciones propuestas para destruir la acción.

El apoderado ante el Tribunal, doctor Guillermo García, funda la primera causal en estos motivos:

1º Error de derecho:

"Durante el plenario de la segunda instancia—dice—se adujo por la parte que represento la muy importante prueba pericial sobre los exámenes y exposiciones de los facultativos doctores J. M. Forero Cote y Sebastián Mantilla G., que intervinieron con el carácter de peritos en el juicio de interdicción judicial por causa de demencia del señor Juan M. Merchán. Esos conceptos medicolegales aparecen en la copia auténtica, traída del juicio de interdicción (folio 21 vuelto) del cuaderno de contrapruebas de segunda instancia), y constituyen una prueba auténtica allegada con citación de la contraparte y en oportunidad legal.

"Sin embargo, el Tribunal asienta que tales exposiciones no pueden apreciarse en este debate, 'no han de servir—dice—porque fueron posteriores a ese día (siete de octubre de mil novecientos diez y nueve), y porque se practicaron sin citación de la contraparte,' y agrega: 'por esto no se ha hecho de ellas una mención especial.' Se desechó, pues, una prueba auténtica importante."

Luego agrega:

"Es esto un error de derecho, pues por una razón inaceptable se desestimó o se desechó una prueba que, conforme a los ordinales 2º y 4º del artículo 678 del Código Judicial, es un documento auténtico, por ser 'copia autorizada por el Secretario de un Juzgado,' tomada de 'una actuación judicial,' y es, además, una prueba pericial que tiene el carácter de plena, según el artículo 80 de la Ley 105 de 1890, por provenir de facultativos que, según su profesión, exponen con seguridad sobre hechos sujetos a los sentidos.

"Dejó el Tribunal de aplicar dichas disposiciones, siendo aplicables, y a la vez las quebrantó indirectamente, al desechar una prueba auténtica de gran mérito."

Se observa:

No incurrió el sentenciador en el error de derecho que le atribuye el recurrente, ni quebrantó el artículo 678, ordinales 2º y 4º, del Código Judicial, en la apreciación de la copia de las actas de reconocimiento medicolegal de que se trata, en su condición de prueba literal en que la contempla este primer reparo, toda vez que la sentencia no le desconoce su calidad de documento auténtico, pues, al contrario, la tuvo en cuenta al apreciar en ella el acto mismo del reconocimiento, desestimando éste, no

por inutilidad del medio probatorio, sino por otras causas, atañedoras a la prueba pericial, no a la documental.

Ahora, en lo referente al error de derecho, que se hace consistir en que el Tribunal afirma que la prueba pericial de que las referidas copias dan cuenta, no sirve para demostrar "que el siete de octubre de diez y nueve, día en que Juan Marcelino Merchán hizo el reconocimiento de su hijo J. M. Olinto Merchán, el reconocedor estuviera loco," conviene hacer notar que en las copias de las mencionadas actas de reconocimiento periciales, practicadas en los días doce, trece y catorce de agosto de mil novecientos veinte, que figuran a fojas 20 y 21 del cuaderno de pruebas, producidas por la parte demandante en la segunda instancia de este juicio, la exposición de los peritos es, textualmente, como sigue:

La del día doce:

"Encontramos que el señor Juan M. Merchán es un maniaco delirante, que sufre de periencefalitis crónica difusa, la que lo hace inepto para el manejo de sus intereses."

La del día trece:

"Ratificamos el concepto dado en diligencia de ayer."

Y la del catorce:

"Ratificamos nuestro anterior concepto dado con fecha doce de los corrientes, sobre el demente Merchán."

Como se ve, aun suponiendo aceptable la tesis del recurrente, de que las actas de reconocimiento, practicadas en un juicio sobre interdicción judicial por causa de demencia, con sujeción a la especial disposición que para ese juicio sumario consagra el artículo 1454 del Código Judicial, traídas en copia, hacen prueba plena o completa en un juicio ordinario, en el que la prueba pericial está sujeta a mayores formalidades, ni aun así podría estimarse que el dictamen de los peritos que se deja transcrito, prueba plenamente que Juan Marcelino Merchán estaba demente el día que reconoció como hijo suyo a José Marcos Olinto Merchán.

2º Error de hecho evidente y error de derecho.

Afirma el recurrente que es "un error de hecho evidéntísimo la aserción del fallo sobre que 'los dictámenes de los facultativos que examinaron a Juan M. Merchán, en el juicio especial de interdicción, se practicaron sin citación de la contraparte,' pues—dice—según la copia auténtica acompañada a la demanda con otras pruebas, es evidente que los mencionados dictámenes medicolegales de los facultativos Forero Cote y Mantilla, se practicaron en el juicio de interdicción, no sólo con citación del demandado J. M. Olinto Merchán, sino que éste tuvo una intervención personal directa, como parte que provocó el juicio de interdicción, y con su audiencia y conocimiento se practicaron y recibieron los reconocimientos y exposiciones que el Tribunal desecha, habiendo nombrado el mismo actual demandado, al doctor Sebastián Mantilla como perito por su parte."

"A la vez—agrega—se incurrió en error de derecho, dejando de estimar dicha prueba y aun dejando de hacer en ella 'una mención especial,' pues aun cuando hubiera sido practicada sin citación del actual demandado, no podía el Tribunal dejar de analizarla y tenerla como prueba del estado de demencia o locura de Merchán, con posterioridad al acto tachado de nulo."

Estima el recurrente que, como consecuencia de estos errores, violó el Tribunal los artículos 836 del Código Judicial y 80 de la Ley 105 de 1890.

Se observa:

a) Suponiendo que el Tribunal errara de hecho al decir que el dictamen pericial rendido en el juicio especial de interdicción judicial de Juan Marcelino Merchán se practicó sin citación de José Marcos Olinto Merchán, por cuanto éste figuró entre los demandantes en ese juicio, y, como tal, provocó el reconocimiento pericial y nombró uno de los peritos, sin entrar en consideraciones de fondo acerca del mérito que hubiera de otorgársele a aquella prueba en este juicio, basta observar, para desecharlo el cargo, que el Tribunal no desestimó el referido dictamen por ese solo motivo, sino, en primer término, "porque fueron posteriores al día en que Juan Marcelino Merchán reconoció a José Marcos Olinto como hijo suyo, que es el acto que se trata de destruir por medio de esa prueba, y este motivo, no impugnado en este cargo, constituye razón suficiente para desestimar esa prueba.

b) Como el acto tachado de nulo en este juicio es el referido reconocimiento de hijo natural, y los dictámenes periciales de que se trata, se trajeron a este juicio con el único objeto de comprobar la nulidad de ese acto, el Tribunal no tenía porqué analizar ni tener esos dictámenes como prueba del estado de demencia o locura de Merchán con relación a actos posteriores al que es materia de esta litis.

No es casable la sentencia por estos motivos.

El recurrente ante la Corte formula una nueva acusación por error de hecho, refiriéndolo al mismo paso de la sentencia que motiva el cargo que se acaba de examinar: "acusó el fallo—dice—por error de hecho evidente en la apreciación de la prueba, consistente en la copia auténtica del dictamen pericial emitido en el juicio de interdicción del demente Juan Marcelino Merchán.

Fundo esta causal en lo siguiente:

"Dentro del término probatorio de la segunda instancia se pidió como prueba y se decretó como tal, que se agregara a los autos copia del dictamen pericial practicado por los facultativos que practicaron el examen mental del señor Juan Marcelino Merchán. La copia vino a los autos en la forma legal.

"El sentenciador desechó tal prueba, y como fundamento expuso que la referida prueba había venido al juicio sin la correspondiente citación de la parte contraria. Por esto la desechó."

No expresó el Tribunal lo que se afirma en esta acusación. El concepto del sentenciador es el siguiente: que para apreciar la prueba de que Juan Marcelino Merchán estuvo demente el día en que reconoció como hijo suyo a J. M. Olinto del mismo apellido, "no han de servir los dictámenes de los facultativos que examinaron a Juan Marcelino Merchán durante el juicio especial de interdicción, porque fueron posteriores a ese día, y porque se practicaron (subraya la Corte) sin citación de la contraparte."

Como se ve, el concepto del Tribunal no es el que aquí se le atribuye para fundar este cargo, sino el que con la debida fidelidad expone e impugna el doctor García en el cargo que precede, que termina así:

"Es, pues, un error de hecho evidentísimo la aserción del fallo sobre que los dictámenes de los facultativos que examinaron a Juan M. Merchán, en el juicio especial de interdicción, se practicaron sin citación de la contraparte."

El cargo es inmotivado.

El mismo recurrente, doctor Guillermo García, acusa la sentencia de error de derecho, y, como motivo de este cargo, señala los siguientes conceptos del Tribunal:

"Ha alegado la parte demandante que debe tenerse como 'confesión' algunas frases escritas por el mandatario del demandado, pero no es jurídica tal pretensión, porque para que una declaración constituya confesión, es absolutamente necesario que se refiera a un hecho personal de la misma parte, y no de un apoderado (artículo 555 del Código Judicial), y porque el estado de salud de que trata, no se demuestra con la confesión sino con el diagnóstico médico."

A esa parte del fallo opone el recurrente los siguientes reparos:

a) Que "es error de derecho sostener que para que una declaración constituya confesión, es absolutamente necesario que se refiera a un hecho personal de la misma parte."

b) Que "al decir el Tribunal que el apoderado no puede confesar por su mandante, pues que la confesión ha de ser hecha en persona por éste, es un error de derecho que viola directamente el artículo 1769 del Código Civil."

c) Que lo afirmado por el Tribunal, de que el estado de salud mental no se prueba por confesión sino con el diagnóstico médico, "constituye a la vez errada noción del hecho, porque la ley no ha dicho que la demencia o locura ha de probarse únicamente con el diagnóstico médico, y porque la confesión no la he alegado—dice—como prueba real de la demencia, sino como la manifestación hecha por el demandado de ser cierta la afirmación de la demanda de que Merchán padecía de demencia crónica e incurable, desde antes del siete de octubre de mil novecientos diez y nueve, y que en ese estado anormal hizo suscribir u otorgar el reconocimiento de hijo natural."

"Ciertamente—agrega—que son dos postulados distintos, y el Tribunal incurrió, por ese concepto, en error de hecho, al estimar lo alegado por mí."

El apoderado ante la Corte formula la misma acusación con algunos de los argumentos ya expuestos en el alegato presentado ante el Tribunal.

Como ninguna de las declaraciones que el recurrente hace valer como confesiones de la parte demandada, se refieren a hechos propios del demandado, advierte el recurrente que no ha alegado la confesión "como prueba real de la demencia," sino como aceptación de lo afirmado en la demanda sobre ese estado anormal de Juan M. Merchán, esto es,—entiende la Corte—que él, propiamente hablando, no ha alegado confesión de la demencia, sino el asentimiento de la parte demandada acerca de las afirmaciones que sobre la existencia de ese estado anormal hiciera el demandante como fundamento de su acción, circunstancia que deja establecido como hecho cierto en esta litis, "que Merchán padecía de demencia crónica e incurable, desde antes del siete de octubre de mil novecientos diez y nueve, y que en ese estado anormal se le hizo suscribir u otorgar el reconocimiento de hijo natural."

Estima la Corte que si del cuasicontrato de litis contestatio que se forma por medio de la contestación que da el reo a la demanda del actor, resulta que aquél acepta como cierto un hecho natural y legalmente posible, que, sin ser propio del demandado, sea capaz de producir

contra éste efectos jurídicos, tal aceptación, más bien que una confesión, constituye una declaración de voluntad, en virtud de la cual queda acordado entre las partes que la verdad de ese hecho se tenga como dato común, excluida de la litis y de la libre apreciación del juzgador; pero para que esto sea así, el reconocimiento del hecho ha de ser explícito y terminante, lo cual no ocurre en el caso contemplado en este cargo.

En efecto: señala el recurrente como reconocimiento del hecho de hallarse demente Juan M. Merchán desde antes del siete de octubre de mil novecientos diez y nueve, las respuestas dadas por el demandado a los fundamentos de hecho de la demanda, marcados con los números 7, 8, y 9, ya transcritos al comienzo de este fallo; y a ellos se observa que el hecho aceptado como cierto, en la respuesta dada al primero de esos hechos, no es de "que Merchán era maniático delirante, etc.," sino el de "que la interdicción fue declarada en virtud de tres reconocimientos medicolegales, conforme a las exposiciones consecutivas hechas por los doctores José M. Forero Cote y Sebastián Mantilla," quienes emitieron aquellos conceptos; que el hecho reconocido como cierto en la respuesta dada al punto 8º, no es más que ésta: que Juan Marcelino Merchán ingresó al manicomio de Maracaibo, conducido por miembros de su familia, para someterlo a un tratamiento por causa de locura, en enero de mil novecientos veinte; y que la respuesta dada al punto 2º, está muy lejos de constituir una confesión, puesto que comienza con esta categórica negativa:

"No es cierto."

A esta negativa agregó el demandado:

"Podría (¿quién lo sabe?), la enfermedad haber comenzado a minar su organismo, pero para la fecha de su reconocimiento aún no había hecho manifestación, la menor, que hiciera creer en la existencia de la enfermedad."

Totalmente infundada es la pretensión de que esto entraña la confesión o aceptación del demandado de que en la fecha del reconocimiento a que aquí se hace alusión se hallaba loco el sujeto a quien esta respuesta se refiere. Lo mismo ha de decirse respecto de lo dicho por el apoderado del demandado en este pasaje del alegato de conclusión, en primera instancia, en que el recurrente cree ver la misma confesión:

"Cuando en el mes de enero del año de mil novecientos veinte llegó a la ciudad de Maracaibo el demandante con el señor Merchán, dicho experto facultativo (el médico del manicomio) lo examinó, y llegó a la mencionada exposición. La presentación de dicha enfermedad tuvo lugar en esta ciudad, y la primera manifestación de ella en el señor Merchán fue ocasionada, como tantas veces se ha afirmado en el expediente, en el mes de diciembre del año de mil novecientos diez y nueve, cuando Merchán fue víctima de un robo en su caja de caudales. Indudablemente que el organismo del señor Merchán venía siendo minado por esa enfermedad desde antes, pero la manifestación de ella en el proceso lento que el experto facultativo le reconoce, fue espontánea, de repente, y desde que ella apareció, su marcha fue fatal, no se detuvo hasta el momento de su muerte. Ninguna persona más autorizada que el ilustre doctor José María Forero Cote, médico constante del señor Merchán, para decir las enfermedades y síntomas que en su cliente había notado, y al afirmar este doctor en el certificado que obra en autos, que Merchán, para el mes de octubre

de mil novecientos diez y nueve era un ligero alcoholizado, con algunos síntomas de *delirium tremens*, era porque la enfermedad que después llevó a la tumba a Merchán, aún no había hecho su manifestación espontánea, aún no se había presentado bajo los ojos del facultativo."

Como se ve, en todo ese pasaje del alegato sólo hay simples argumentos y afirmaciones que obedecen a un sistema de defensa, que no constituyen confesión judicial ni aceptación categórica de los hechos en que se funda la demanda.

De todo lo dicho resulta que es totalmente infundado este tercer motivo, sin necesidad de entrar a considerar el valor que puedan tener las declaraciones que en sus alegatos hagan los apoderados de las partes.

4º Error de derecho:

Afirma el recurrente que el siguiente párrafo de la sentencia adolece de ese error:

"Desde luego se observa que, seguramente, por haber comenzado este pleito después de decretada la interdicción judicial de Juan M. Merchán, y principalmente debido a que la muerte de éste ocurrió antes de la iniciación de la controversia, no comparece en los autos la prueba pericial en su sentido estricto, indispensable en caso como el de que se trata (artículo 651 del Código Judicial).

"Lo dicho por el Tribunal—observa el recurrente—es un error, y peca contra el texto claro del artículo 323 de la Ley 105 de 1890, que para el caso especial de la interdicción judicial de un demente o sordomudo admite, además de la prueba pericial, 'la práctica y estimación de las demás pruebas que conduzcan a acreditar el estado de demencia de la persona de cuya interdicción se trata,' lo que a las claras autoriza en cualquiera otro caso para probar la demencia por otros medios distintos de la prueba pericial que el Tribunal declara inadmisibles en casos como el de que se trata."

Sin entrar en consideraciones (en fuerza de la brevedad acerca del carácter de especialísimo que tiene el artículo 323 de la Ley 105 de 1890, que en apoyo de su tesis invoca el recurrente), conviene anotar que, a renglón seguido, para formular un nuevo cargo, dice el mismo recurrente:

"Entra el Tribunal a analizar los testimonios de Ernesto Gutiérrez, Alfredo Vargas Rojas y Manuel Estrada, y dice:

"Los tres últimos de los citados declarantes manifiestan haber presenciado varios hechos ejecutados por Merchán, que acusan demencia, pero se trata de actos posteriores al decreto de interdicción, cuando se hallaba el interdicto camino del manicomio."

"No tienen, pues, estas declaraciones, interés probatorio alguno, porque no cabe discusión respecto de la demencia después del referido decreto."

Esta exposición hecha por el recurrente, basta por sí sola para desvirtuar el cargo que se examina, toda vez que en ella queda demostrado que no es exacto que el Tribunal estima que no es admisible otra prueba que la pericial para demostrar la demencia.

5º Del párrafo que se acaba de transcribir, con referencia a la apreciación que allí hace el Tribunal de los testimonios de Gutiérrez, Vargas Rojas y Estrada, deduce este otro cargo el recurrente:

"Estas aserciones — dice — contienen un **manifiesto error de hecho**, pues los varios hechos ejecutados por Merchán cuando se hallaba éste camino del manicomio, no son posteriores al decreto de interdicción, como se dice, sino muy anteriores a ese decreto y pocas semanas después del reconocimiento de hijo natural. Los referidos declarantes se refieren a hechos que presenciaron en los últimos días de diciembre de mil novecientos diez y nueve, como el mismo Tribunal lo anota al relacionar las pruebas del debate, y el decreto de interdicción fue dictado por el Juez 2º del Circuito de Cúcuta en septiembre de mil novecientos veinte (folio 18 de la demanda).

"Hay, pues, grave y evidente error de hecho, que indujo al Tribunal a desestimar tales testimonios, violando los artículos 595, 607, 615 y 836 del Código Judicial, en cuanto allí se declara que dos testigos, que deponen uniformemente sobre los hechos y circunstancias materia de un litigio, constituyen plena prueba, y obliga al Juez a estimarlos en la sentencia, haciendo un análisis completo de tales testimonios, en cuanto se relacionen con los hechos en que se funda la demanda. A la vez no aplicó esas disposiciones, siendo, como eran, aplicables al caso."

Es indudable que el Tribunal erró de hecho, al afirmar que los actos ejecutados por Merchán durante el viaje a Maracaibo, llevado por Ramón María Rosas, de que dan cuenta los testigos aquí expresados, fueron posteriores al decreto de interdicción; pues ese viaje fue, según los testigos Vargas Rojas y Estrada, el veintinueve de diciembre de mil novecientos diez y nueve, y el referido decreto fue proferido en septiembre del año siguiente; pero si es exacto que tales testimonios se refieren a actos ejecutados en el citado viaje, en el cual ya llevaban a Merchán "camino del manicomio," donde fue recibido quince días después de esa fecha, según solicitud que figura a foja 12 del cuaderno de pruebas del actor en la primera instancia, y es asimismo exacto que ya para esa época "no cabe discusión respecto de la demencia" de Merchán, puesto que la admite el demandado en la respuesta dada al punto 8º de la demanda, lo cual es suficiente para sustentar el concepto del Tribunal, de que carece de mérito probatorio el hecho comprobado por medio de tres testigos a que el cargo se refiere.

6º "Francisco de P. Sánchez y Agustín Castro—dice este cargo—declararon uniformemente haber presenciado el hecho muy significativo de que, en julio de mil novecientos diez y nueve, antes del reconocimiento de hijo natural, Juan M. Merchán llegó al establecimiento llamado El Casino, en Cúcuta, exigió del administrador que helara unas botellas de champaña e invitara a algunos amigos ante quienes quería cantar; que hecho aquello, se puso a cantar, en efecto, y de pronto se retiró intempestivamente de entre los invitados."

Afirma el recurrente que estos testimonios constituyen prueba del estado de demencia de Merchán para julio de mil novecientos diez y nueve, y que el Tribunal no los apreció en todo su valor, puesto que esos testigos agregan que ellos y los invitados se apercibieron perfectamente bien de que Merchán estaba completamente **chiflado** o demente. La futilidad del cargo salta a la vista.

7º Afirma el recurrente "que al hacer el Tribunal estimación de los testimonios de Adolfo Contreras, Nicolás Arciniegas, José Antonio Vivas y Angel Ignacio Pastrana, incurre en un error de hecho notorio," y como motivo de este cargo, señala los conceptos consignados

por el sentenciador en estos dos párrafos de la sentencia:

"También declaran Adolfo Contreras, Nicolás Arciniegas, José Antonio Vivas y Angel Ignacio Pastrana, que conocieron a Juan Marcelino Merchán antes de mil novecientos diez y nueve: que desde el año de mil novecientos diez y siete dio muestras evidentes e inequívocas de completa demencia, lo que pudieron observar, porque en público y en privado se manifestaba perturbado de sus facultades mentales, ya hablando incoherencias y extravagancias, ya en sus actos externos, en la administración de sus negocios y en la ausencia completa de discernimiento, de voluntad y de libertad para todos sus actos, en forma que para el vecindario era público y notorio su estado de demencia y locura.

"Estos testimonios, por ser demasiado generales y comprensivos, por su vaguedad e imprecisión, no son aceptables. Expresan opiniones pero no hechos. Repreguntados por la contraparte, hubieron de relatar algunos hechos como fundamento de su concepto, pero esos hechos no prueban, de modo claro y directo, que Juan Marcelino Merchán hubiera estado loco en el momento en que se otorgó el reconocimiento de su hijo José Marcos Olinto."

Acepta el recurrente que en esos cuatro testimonios sí se "precisan o concretan hechos y actos propios de un loco," apreciación que fundan los declarantes, "según explicación que dieron al ratificar sus testimonios, en que vieron, desde mucho antes de aquella fecha, que Merchán, en parajes públicos de Cúcuta, simulaba tocar piano en el aire, ejecutando los movimientos de los dedos sobre un teclado imaginario; decía que iba a conseguir unos aeroplanos para bombardear a Cúcuta y destruir el cerro de El Galombo, a fin de reconstruir la ciudad; fingía tocar tiple en el sombrero, cuando iba por la calle.

"Estos hechos—agrega—constituyen una prueba de las perturbaciones profundas de Merchán en sus facultades mentales, y al desecharlos el Tribunal por demasiado comprensivos e imprecisos, cometió error de hecho en su apreciación, violando los artículos 595, 607 y 615 del Código Judicial, que le dan a dos o más testimonios uniformes, sobre hechos concretos, el valor de plena prueba en el juicio."

No violó el Tribunal ninguno de los tres artículos del Código Judicial que cita el recurrente, porque no ha dicho nada que pugne con lo que en ellos se establece; no ha dicho que los cuatro testimonios de que se trata no hacen prueba de los hechos de que dan fe, sino que esos hechos, plenamente comprobados con tales testimonios, "no prueban de modo claro y directo que Juan Marcelino Merchán hubiera estado loco en el momento en que se otorgó el reconocimiento de su hijo José Marcos Olinto," y no incurrió en el error que le imputa el recurrente al hacer esta afirmación.

8º Varios son los cargos que a continuación formula el recurrente por errores de hecho y de derecho, en que dice, incurrió el Tribunal en la apreciación de las deposiciones de los doctores Venancio J. Hernández, Médico Director del Manicomio de Maracaibo, y Sebastián Mantilla G. y Rodolfo A. Luzardo, médicos en ejercicio, que obran en el expediente; pero sería inconducente entrar a dilucidar las cuestiones que en esos cargos se plantean, ya que aun en caso de que tales reparos fueran fundados, la Corte tendría que llegar a la misma conclusión a que llegó el Tribunal, por estas razones:

a) Porque la deposición del doctor Hernández fue un acto extrajudicial, provocado por el demandante Rosas ante el Presidente de la Corte Superior del Estado del Zulia (Venezuela), y si bien ese documento se trajo al expediente en la primera instancia del juicio, con citación de la parte contraria, no se llenó la condición que la ley exige como necesaria para que ese testimonio pueda obrar como prueba en el juicio, de que el declarante se ratificara a petición del interesado ante el Juez de la causa o ante el que éste comisionara al efecto.

b) Porque el testimonio del doctor Mantilla, que se halla en iguales circunstancias, si bien es cierto que por haber muerto el declarante, fue abonado en forma legal, y por consiguiente puede formar gran presunción en cuanto a los hechos sobre que depone, como el de que reconoció a Merchán en el mes de septiembre de mil novecientos diez y nueve, a petición de los demandantes, y que les dio a éstos un concepto acerca del estado mental del individuo sometido a su examen, los conceptos que aquel facultativo consignó en esa declaración, no tienen el valor legal de un dictamen pericial, porque él no los emitió en calidad de perito, sino extrajudicialmente, a petición de parte interesada, y sin ningún miramiento a las disposiciones que, para garantía de certeza, controlan esa prueba, disposiciones consagradas en el capítulo VI, Título 2º, Libro 2º, del Código Judicial, como la que ordena que el dictamen de los peritos se ponga en conocimiento de las partes, para que éstas expongan lo que crean conveniente; la que confiere a las partes el derecho de exigir que los peritos expliquen, amplíen o funden su dictamen, y el de tachar éste por error esencial, dolo e ignorancia; y tanto es ello así, que el doctor Mantilla ni siquiera se creyó obligado a fundar sus opiniones, expresando los síntomas que observara en el paciente y por los cuales formó el concepto que expuso acerca de la naturaleza de la enfermedad. La exposición del doctor Mantilla no se halla, pues, en el caso que contempla el artículo 80 de la Ley 105 de 1890, ni sus meras opiniones constituyen una prueba testimonial en el estricto sentido legal; por consiguiente, mal puede asignársele a tales aseveraciones el valor de gran presunción, al tenor de lo dispuesto en el artículo 806 del Código Judicial, puesto que ellas no recaen sobre hechos.

c) Porque en peores circunstancias se hallan los conceptos del doctor Rodolfo A. Luzardo, quien afirma los siguientes hechos:

"Jamás traté como médico al señor Merchán"; "jamás me preocupé de seguir los pasos o el curso de la enfermedad del señor Merchán"; que sus conceptos acerca de la enfermedad de Merchán se fundan en informaciones que le dio el doctor Erasmo Meoz, y "por las apreciaciones que personalmente pude hacer en las varias ocasiones que conversé con el señor Merchán, apreciaciones insuficientes para hacer diagnóstico preciso de una enfermedad"; y quien hace estas afirmaciones en el presente juicio, al ser repreguntado por la parte demandada, en la declaración que trata de hacer valer el recurrente, rendida extrajudicialmente, a petición de los demandantes, y en la cual se ratificó luego, dice que por "opinión que oí de mi colega Meoz en época anterior al año de mil novecientos diez y nueve, y también por el conocimiento y convicción científica que tengo como médico de la enfermedad citada, me consta a ciencia cierta que la enfermedad que padecía el señor Juan

Marcelino Merchán desde antes de mil novecientos diez y ocho y mil novecientos diez y nueve, especialmente ya tan avanzada en los meses de agosto, septiembre y octubre de mil novecientos diez y nueve, es materialmente imposible que pueda darle al paciente momento lúcido alguno, pues esta enfermedad, cuando se desarrolla en el cerebro del paciente, como la tenía el señor Juan Marcelino Merchán en agosto, septiembre y octubre de mil novecientos diez y nueve, es inseparable del enfermo, y lo incapacita completamente para ejercer cualquier acto o negocio en que se necesite la voluntad del sujeto, hasta que termina con la vida de éste."

Es inconcebible que un médico que jamás ha reconocido a un individuo, que jamás se ha preocupado por seguir los pasos ni el curso de su enfermedad, y que apenas ha podido hacer apreciaciones de ella por haber conversado con el paciente, y que el mismo médico declara que son "insuficientes para hacer diagnóstico preciso," esto es, para adquirir un convencimiento médico y formar opinión acerca de la naturaleza de la enfermedad, es inconcebible, se repite, que en tales circunstancias tal persona pueda afirmar que, por el conocimiento y convicción científica que tiene como médico, le consta a ciencia cierta que la enfermedad que padecía Merchán era de tal o cual naturaleza, y en determinar con la precisión que lo hace el doctor Luzardo, las épocas precisas en que esa enfermedad produjo en el paciente la inhabilidad "para ejercer cualquier acto o negocio en que se necesite la voluntad del sujeto."

Los conceptos del doctor Luzardo, contenidos en las referidas declaraciones rendidas por él, no pueden tenerse como dictamen pericial, y, además, están invalidadas por sus propias confesiones. Tampoco pueden hacerse valer estos conceptos como declaración de testigo, como lo insinúa el recurrente, al acusar la sentencia sobre este punto por violación del artículo 606 del Código Judicial.

Resulta, pues, que aun suponiendo errado el concepto del Tribunal en cuanto al alcance, solidez y valor científico de los conceptos emitidos por los tres médicos doctores Hernández, Mantilla y Luzardo, ello no alcanzaría a invalidar la sentencia, puesto que la Corte llegaría a la misma conclusión a que llegó el Tribunal, por las razones que aquí quedan expuestas.

9º Acusa el recurrente error de hecho en la apreciación de la declaración del doctor Forero Cote, quien en diez y ocho de marzo de mil novecientos veinte, certificó:

"Juan Marcelino Merchán, a quien he reconocido en varias ocasiones, era, en el mes de octubre de mil novecientos diez y nueve, un ligero alcoholizado, con algunos síntomas de *delirium tremens*, pero que de ninguna manera era un alienado perfecto."

Llamado a declarar sobre los fundamentos de ese concepto, dijo:

"Me fundo en que lo vi varias ocasiones con accesos de locura, que alternaban con períodos en que se encontraba perfectamente cuerdo, y que estos accesos de locura coincidían con la ingestión de bebidas alcohólicas, y las épocas en que él se encontraba cuerdo coincidían con las épocas en que dejaba de tomar licor."

Después declaró:

"Tuve ocasión de ver a Juan Marcelino Merchán en fechas que no recuerdo, y de prestarle servicios médicos, y para esa época sufría de ataques intermitentes de de-

lirium tremens, debido al abuso que hacía de bebidas alcohólicas."

Refiriéndose a esas declaraciones, dice el Tribunal en el siguiente paso de la sentencia que el recurrente señala como motivo de este cargo:

"De otro lado, para el doctor Forero Cote, experto facultativo, y para el señor Navarro, practicante en el Hospital y Manicomio de Cúcuta, Merchán no podía ser considerado en mil novecientos diez y nueve como un alienado perfecto, y expresan las razones en que fundan su concepto."

Acusa el recurrente error de hecho en esa apreciación del sentenciador, porque, en su sentir, de lo expuesto por el doctor Forero Cote debió deducir que para octubre de mil novecientos diez y nueve, Merchán estaba loco, toda vez que ese mismo médico, como perito reconocedor de Merchán en el juicio sobre interdicción judicial de éste, diagnosticó en él una periencefalitis crónica difusa. Pero basta tener en consideración que el concepto de ese facultativo, de que en octubre de mil novecientos diez y nueve, Merchán no era un alienado perfecto sino un ligero alcoholizado, con accesos de locura cuando tomaba licor, que alternaba con períodos en que se encontraba perfectamente cuerdo, cuando dejaba de tomarlo, concepto que está fundado en el conocimiento adquirido por haber reconocido en varias ocasiones a ese individuo, para comprender claramente que en esa época no acusaba Merchán los síntomas que después revelara, en el reconocimiento que el mismo médico le practicó en agosto de mil novecientos veinte. El cargo carece de fundamento.

10. Refiriéndose a las declaraciones de los testigos presentados por el demandado, Jesús Omaña G., Leopoldo Berbesi, Agustín Guarín, Enrique Meoz, Andrés B. Fernández, Alejandro Colmenares, Carlos Víctor Silva y Diego Báez, dice el recurrente que estos individuos "no son médicos, y algunos de ellos dicen que no pueden determinar cuándo una persona está enajenada, para lo cual creen que se requieren conocimientos científicos, de que ellos carecen, y ninguno de tales testigos da razón convincente de sus dichos, al sostener que Merchán estaba en pleno goce de sus facultades mentales cuando firmó el reconocimiento del siete de octubre de mil novecientos diez y nueve, el Tribunal si los acoge sin reparo, como prueba del estado de lucidez mental del interdicto Merchán para esa fecha, declarando que hay un conjunto **respetable de testimonios fundados**, de que Merchán, en aquella época, era un hombre normal, toda vez que se hallaba dedicado a sus negocios y hacía manifestaciones reiteradas que demostraban que se hallaba en el goce de sus facultades intelectuales, con la cual, sin ser ello una verdad jurídica, dio a esa prueba imperfecta e inaceptable un valor que en derecho no tiene, y que en vano puede oponerse para contradecir el cúmulo de pruebas del actor, entre éstas, las exposiciones científicas de cuatro facultativos, las declaraciones claras y fundadas de otros muchos testigos, las confesiones del demandado y de su apoderado, la prueba pericial en el juicio de interdicción, la interdicción decretada, etc., que demuestran hasta la saciedad el estado habitual de demencia de Merchán, desde antes de octubre de mil novecientos diez y nueve hasta que murió.

"Violó el Tribunal indirectamente el artículo 636 del Código Judicial, al darle a dichos testimonios un valor que, con arreglo a tal disposición, no pueden alcanzar,

pues las inferencias de los declarantes no tienen fundamento como hechos percibidos por los sentidos, ni las razones que exponen son bastantes a dar por demostrado lo que afirman acerca del estado de **completa lucidez mental** de Juan M. Merchán."

El cargo es infundado, pues todos esos testigos declaran sobre hechos conocidos por ellos de propias y directas percepciones, y no por inferencia.

En efecto: los dos primeros, Omaña G. y Berbesi, que son el Notario y uno de los testigos instrumentales, ante quienes otorgó Juan M. Merchán la escritura por la cual reconoció como hijo suyo a José Marco Olinto, el siete de octubre de mil novecientos diez y nueve, dicen que dicho otorgante, ni al presentarse a la Notaría ni durante el otorgamiento de la escritura, presentó signo alguno de incapacidad mental; y los otros dicen que para el mes de octubre de mil novecientos diez y nueve, y especialmente para la fecha del reconocimiento, el siete de ese mes, Juan Marcelino Merchán efectuaba por sí mismo sus negocios, atendía a su taller de zapatería, llevaba las cuentas, cortaba, mandaba a sus operarios y se conducía como persona completamente normal, todo lo cual les hace decir que "el día siete de ese mes (octubre de mil novecientos diez y nueve), Juan Marcelino Merchán estaba en su sano juicio."

El Tribunal no hace mérito de este concepto, sino de los hechos aseverados por los testigos, y que constituyen prueba indirecta del estado mental de Merchán, y el Tribunal es soberano en la apreciación de esas pruebas.

11. El Tribunal ha incurrido también en error de derecho—sigue diciendo el recurrente—al apreciar como prueba un documento privado, que se dice fue celebrado entre la Gobernación y Juan M. Merchán, sobre arrendamiento de una casa para el servicio público, con fecha veintidós de octubre de mil novecientos diez y nueve, hecho éste que el Tribunal da por cierto, y que toma como signo—entre otros—de que en aquella época Merchán era un hombre normal.

"Tal documento no es auténtico, ni está reconocido judicialmente por las personas que lo firmaron, ni siquiera tiene el carácter de una información sumaria, por no haber intervenido testigos. No pasa de un simple papel privado, sin valor probatorio alguno, y de ahí el **grave error de derecho**, al atribuirle el sentenciador a ese papel un alcance que no tiene, declarando con valimiento de tal documento que a Merchán se le vio contratando con la Gobernación de este Departamento el arrendamiento de una casa. Tal error consiste en dar a una prueba determinada un valor probatorio que la ley no le asigna, lo cual constituye una noción equivocada de la ley.

"El error de derecho condujo al Tribunal a violar indirectamente los artículos 678, ordinal 1º, 679, 681 y 691 del Código Judicial, y 1758 del Código Civil, en cuanto exigiendo todas estas disposiciones requisitos indispensables para la estimación de los documentos **públicos o auténticos** en la sentencia, como son los expedidos por funcionarios públicos en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones, obtenidos automáticamente, o legalizados o reconocidos ante un Juez, para que tengan el carácter de prueba plena acerca de su contenido, el Tribunal tomó dicho papel como una de las pruebas reveladoras del normal estado mental de Merchán, sin estar revestido de las formalidades legales, y sin tomar relación

ninguna de su contenido con la cuestión cardinal del debate."

Se observa:

El documento a que el cargo se refiere es uno original, que contiene el contrato que con Merchán celebró el Jefe de la Sección de Justicia de la Gobernación del Departamento del Norte de Santander, en representación de dicha entidad, el veintidós de octubre de mil novecientos diez y nueve, sobre arrendamiento de una casa de propiedad de Merchán, por el término de un año, para acuartelamiento de la Sección 1ª de la Policía Departamental y Oficina de la Comandancia, documento que lleva al pie, también original, la actuación de la Gobernación, aprobatoria del contrato. No es, pues, ese contrato un simple documento privado, sujeto al reconocimiento de la Gobernación, como lo insinúa el recurrente; pues, ese acto de la Gobernación, en ejercicio de sus funciones, que oficialmente se hizo constar al pie de él, lo reviste de autenticidad, y la parte demandada lo hizo llegar al juicio en la primera instancia, con citación de la parte demandante, que no le ha puesto tacha alguna. Ese documento, que lleva al pie la resolución de la Gobernación, que aprueba el contrato en él contenido, autorizada con la firma del Gobernador y del encargado de la Secretaría de Gobierno, es prueba suficiente de que "pocos días después del acto del reconocimiento, en el mismo mes de octubre de mil novecientos diez y nueve, se le ve (a Merchán) contratando con la Gobernación del Departamento el arrendamiento de una casa," que es el hecho que el Tribunal estima probado con el referido documento, apreciándolo como un indicio de que Merchán, en aquella época, era un hombre normal.

Aparte de estas consideraciones, conviene observar que ese indicio, apreciado por el Tribunal en pro de la absolución del demandado, apenas se hace valer para mayor justificación de esa decisión, no como razón primordial del fallo, pues el verdadero fundamento de éste es que "ni se ha demostrado que el siete de octubre de mil novecientos diez y nueve, día en que Juan Marcelino Merchán hizo el reconocimiento de su hijo natural J. M. Olinto Merchán, el reconocedor estuviera loco; ni se ha comprobado que estuviera afectado de demencia habitual," razones que, como se ha visto, están ajustadas a un severo examen jurídico de las pruebas que, en pro de sus pretensiones, adujo la parte demandante, y ante esta consideración, el cargo resulta inconducente.

12. Por último, dice el recurrente, que "el Tribunal violó indirectamente el inciso 2º del artículo 553 del Código Civil, en cuanto desechó todas las probanzas del proceso que analicé antes, y que infirman la presunción legal de validez del reconocimiento de hijo natural hecho el siete de octubre de mil novecientos diez y nueve, aplicando a la vez, de modo indirecto, el inciso 1º de la misma disposición; de modo indirecto violó las siguientes disposiciones del Código Civil," y cita a continuación los artículos 1502, 1504 y 1741 de la obra citada, y el artículo 15 de la Ley 95 de 1890. Pero a todo esto observa la Corte:

a) Que si la violación del inciso 2º del artículo 553 del Código Civil proviene, como lo afirma el recurrente, de que el Tribunal desechó algunas pruebas, la acusación no procede por violación directa, ya que, en tal caso, la violación de esa disposición sólo puede ser indirecta, como resultante de un error de derecho en la aprecia-

ción o aplicación de las pruebas a que alude el recurrente, o por error de hecho evidente.

b) Que en casación no es admisible una acusación global, fundada en que el Tribunal desechó "todas las pruebas del proceso," pues a ello se opone el artículo 9º de la Ley 90 de 1920, que preceptúa: "se determinarán una a una las pruebas mal apreciadas."

c) Que como la violación indirecta de un precepto legal, sólo resulta de un error de hecho o de derecho, es improcedente la acusación por tal violación, si no se alega algunos de esos errores, generadores de ella.

Por estas razones, es inadmisibles este último cargo de la demanda de casación fundada ante el Tribunal.

13. El apoderado ante la Corte acusa la sentencia:

a) "Por error de derecho en la apreciación de la contestación de la demanda," porque según él, en las respuestas dadas a los puntos 5, 6, 7 y 8 de los fundamentos de hecho de la demanda, "el demandado reconoció este hecho capital: que el señor Juan Marcelino Merchán se encontraba enfermo de demencia habitual, o sea de periencefalitis crónica difusa, desde antes del reconocimiento que hiciera en el demandado como su hijo natural," y el Tribunal no lo apreció así.

b) Por flagrante error de derecho—dice el recurrente—el Tribunal no estimó como confesión del demandado las respuestas dadas a los puntos de la demanda, indicados en el punto que precede, por haber sido hechas no por la parte, sino por su apoderado.

c) Error de derecho en cuanto dice "el Tribunal sostiene que, el estado de salud de las personas no puede comprobarse sino con el diagnóstico médico, es decir, que se exige una prueba pericial."

d) "Error de derecho en la apreciación del alegato de conclusión, presentado en la primera instancia por la parte demandada," porque en los razonamientos que en defensa de dicha parte expuso allí su apoderado, no apreció el Tribunal confesiones hechas por el demandado.

e) "Violación directa de la ley sustantiva, porque el artículo 1769 del Código Civil, concebido en los siguientes términos (reproduce aquí la primera parte de dicho artículo), y agrega:

"El sentenciador violó directamente esta disposición, al sostener que 'para que una declaración constituya confesión es absolutamente necesario que se refiera a un hecho personal de la misma parte y no de su apoderado.'"

Como se ve, estas cuestiones son las mismas que ampliamente están tratadas en el alegato presentado ante el Tribunal, y todas han sido ya tomadas en consideración y resueltas por esta Superioridad en los puntos que preceden, a los cuales se remite.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara: no hay lugar a casar la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Pamplona el veinte de agosto de mil novecientos veintinueve.

Se condena al recurrente a las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintiséis de noviembre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez 1º del Circuito de Neiva, el apoderado del señor Bonifacio Camacho demandó a la señora Ana Joaquina Fierro viuda de Camacho y a los señores Carlos Trujillo M., Pablo Emilio y Silverio Camacho, para que, por sentencia definitiva, se declarase:

"a) Que es nulo el contrato contenido en la escritura número 485, de fecha veintiuno de agosto de mil novecientos veinticuatro, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, y registrada su primera copia en los libros de ventas el cuatro de septiembre del mismo año, página 296, folio 2º, número 1054, Libro 1º, y en el de causas mortuorias, el mismo día cuatro de septiembre del citado año, a la página 66, tomo 2º, número 219; ilíquida la sucesión de José Antonio Camacho y la sociedad conyugal habida entre él y la señora Ana Joaquina Fierro de Camacho.

"b) Que en virtud de esta nulidad quedan ilíquidas la sucesión de José Antonio Camacho y la sociedad conyugal habida entre él y la señora Ana Joaquina Fierro de Camacho.

"c) Que deben cancelarse los registros e inscripciones de la escritura mencionada y de las hijuelas que de ella se hayan tomado.

"d) Que la señora Ana Joaquina Fierro de Camacho debe restituir a la sucesión ilíquida y a la sucesión conyugal ilíquida, que era el estado que antes tenía, los bienes adjudicados, que son los siguientes: (Aquí se especifican ellos)."

En subsidio, y para el caso en que no se decrete la nulidad, pidió el actor lo siguiente:

"1º Que debe estimarse resuelto en cuanto a las operaciones de liquidación, las cuales deben rectificarse, al tenor de la ley y de la verdad de los hechos de que hay constancia en el inventario, y de acuerdo con lo que dispone el artículo 2481 del Código Civil; y

"2º Que por no ser nulo el contrato, debe ajustarse la liquidación a lo dispuesto en la cláusula 2ª de sus voces, donde dice que la partición habrá de hacerse conforme al artículo 1046 del Código Civil."

Citó en apoyo de esta demanda los artículos 1016, 1405, 1494 a 1526 y 2481 del Código Civil, y los hechos siguientes:

"1º Habérsele imputado a la cónyuge sobreviviente el derecho a la porción conyugal, a la par que el derecho a los gananciales.

"2º El haberse fingido una deuda del de *cujus*, que no existía, a favor de los señores Pablo Emilio y Silverio Camacho, Carlos Trujillo M. y otros.

"3º El haberse errado la operación aritmética que le dio salida dos veces a una suma que no se debía, para darle entrada una sola vez.

"4º El haberse omitido hacer valer a favor del cónyuge muerto, todos los valores a que tenía derecho por capital propio, incorporado en la sociedad conyugal; pues si se comparan las fechas de los títulos adquisitivos de los bienes raíces con la del matrimonio que se liquida, se encuentra que el valor de estos bienes sobrepasa al de mil quinientos pesos, que reconocieron en la escritura

de partición, pues en el inventario sólo se dice que el muerto tenía bienes propios, que apenas alcanzó su valor a trescientos pesos, y así en la distribución de bienes se dice esto; y

"5º El muerto dejó una libreta de cuentas a su favor, la cual, a la partida 63, la avaluaron sin explicación de su verdadero valor, en ochenta pesos, en lo que no es posible convenir, y fue adjudicada a la cónyuge sobreviviente."

Silverio y Pablo Emilio Camacho convinieron en la demanda; Carlos Trujillo M. manifestó que no era cierto que la sucesión de Antonio José Camacho le debiera ochenta pesos, sino la escritura de una casa situada en Campoalegre, que le había permutado al causante, y la señora Ana Joaquina Fierro de Camacho se opuso rotundamente a las pretensiones del actor.

Seguido el juicio por la vía ordinaria, el Juez del conocimiento lo falló, absolviendo a los demandados de los cargos de la demanda, y condenando al actor en las costas de la instancia.

El Tribunal Superior de Neiva confirmó en todas sus partes la sentencia del Juzgado.

Contra la del Tribunal, el personero del actor interpuso recurso de casación, que la Corte admite por reunir para ello las condiciones que exige la ley, y procede a resolver, mediante las consideraciones siguientes:

El recurrente fundó el recurso ante el Tribunal, y luego remitió un escrito para ampliarlo ante la Corte; pero como este último no fue presentado dentro del término perentorio que para fundar el recurso señala el artículo 151 de la Ley 40 de 1907, el estudio de esta Superioridad se concretará a la demanda de casación hecha ante el Tribunal.

Alega el recurrente la primera causal de casación, y hace a la sentencia los siguientes cargos:

1º Violación del artículo 1405 del Código Civil, por cuanto estima el Tribunal que la partición que es objeto del pleito, no puede adolecer de nulidad, porque no está sujeta a las reglas de los contratos, y que sólo en los contratos bilaterales puede existir esa clase de vicios. Con este criterio de interpretación, dice el recurrente, se quebranta el artículo 1405 citado; porque, precisamente, las particiones se rescinden o anulan de la misma manera y según las mismas reglas de los contratos. De allí el que la nombrada partición esté bajo la sanción a que están éstos sometidos.

De lo dicho antes, añade el autor del recurso, resulta también que la sentencia es violatoria por mala interpretación de los artículos 1524 y 1526 del Código Civil, porque en la partición citada se cometieron ilicitudes, tales como el reconocimiento de créditos inexistentes a favor de Carlos Trujillo M. y Pablo Emilio y Silverio Camacho, pues ellos declararon no ser acreedores de la sucesión de Antonio José Camacho, lo cual hace que carezca de causa ese reconocimiento, y, de consiguiente, hiere de nulidad la partición, que, como los contratos, es rescindible a la luz de los artículos 1405, 1524 y 1526 del Código Civil.

Considera la Corte que no es exacto el concepto que el recurrente le atribuye al Tribunal. Precisamente en la sentencia se entran a estudiar los motivos de nulidad aducidos contra la partición.

El Tribunal no ha dicho que las particiones no pueden anularse por la misma causa y según las mismas reglas de los contratos, lo cual iría contra el texto del artículo 1405 del Código Civil.

Muy otra es la aseveración del sentenciador. Dijo este:

"Siendo, por tanto, varios los motivos de nulidad, e implicando cada cual una cuestión de hecho que debe ser materia de la litis, para la procedencia de la acción, está en el deber, quien la intenta, de alegarlos oportunamente en la demanda, una vez que el sentenciador no puede basar su fallo en hechos extraños o que no han sido sometidos al debate.

"Véase ahora cuáles son los fundamentos de hecho sobre que descansa la acción rescisoria propuesta por el apoderado señor Narciso Penagos."

En seguida entró el Tribunal a estudiar los motivos de nulidad alegados contra la partición.

Por lo que atañe al crédito que se hizo figurar a favor de los señores Silverio y Pablo Emilio Camacho, que el recurrente dice que no existe, aparecía de las confesiones de dichos señores que es cierto que no se les debía dinero, pero si la correspondiente escritura de unos terrenos que habían negociado con el señor Antonio José Camacho; pero que la sucesión les otorgó tal escritura. Eso fue lo que ocurrió en la partición en que intervino el mismo señor Bonifacio Camacho, que hoy afirma que los créditos son imaginarios.

En los inventarios se hizo figurar un crédito a favor de los Camachos por \$ 1.300, que representaba la obligación de otorgarles la escritura, y un crédito activo en contra de los mismos, que era el precio de la venta.

Dice al respecto el Tribunal:

"Razón habría tenido el señor Penagos si sólo se hubiera inventariado el crédito a favor de los Camachos, y si para pagarlo se les hubieran adjudicado, sin más obligación, los bienes de la partida 7ª; pero como esos señores aparecen en la partida 8ª de los inventarios como deudores de la expresada suma, y de esa deuda fueron adjudicados mil tres pesos (\$ 1.003) a los demandantes y doscientos noventa y siete pesos (\$ 297) a la cónyuge sobreviviente en pago de sus cuotas hereditarias, según puede verse en las respectivas hijuelas, es claro que no ha habido tal adjudicación gratuita a favor de los demandados Silverio y Pablo Emilio Camacho."

En lo referente a Trujillo, él mismo dice, al contestar la demanda, que a él se le debía una escritura por la compra de una casa en Campoalegre, que le había hecho al señor José Antonio Camacho. Ahora, como los herederos de Camacho quisieron cumplir esa obligación, hicieron figurar en los inventarios un crédito de ochenta pesos, valor de esa casa, pagado por Trujillo, para hacerle por esa suma la adjudicación de la casa.

Segundo cargo. Violación del artículo 1046 del Código Civil, por no haberse ajustado el Tribunal a lo que preceptúa este artículo para la distribución de bienes en la sucesión intestada cuando concurren a ella los ascendientes legítimos y el cónyuge sobreviviente; pues a éste se le reconocen gananciales y porción conyugal con expresa prohibición del artículo 1235 del Código Civil, disposición que también se ha violado de modo directo en la sentencia.

A este reparo basta observar que en la partición, una vez liquidada la sociedad conyugal que formaron el señor José Antonio Camacho y la cónyuge sobreviviente Ana Joaquina Fierro de Camacho, la parte que correspondió a los causahabientes de Camacho se distribuyó como lo manda el artículo 1046 del Código Civil, en cua-

tro partes, tres de las cuales se les adjudicaron a los padres del causante y una cuarta parte a la cónyuge sobreviviente. Esta no recibió nada a título de porción conyugal, sino como heredera ab intestato, y no era el caso, por lo mismo, de aplicar las reglas del artículo 1235 del Código Civil a que el recurrente se refiere.

Tercer cargo. Quebrantamiento de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, porque la precitada partición es nula, de nulidad absoluta, una vez que, de acuerdo con lo dicho antes, se ejecutó contraviniendo disposiciones legales; se omitieron formalidades de carácter sustantivo, y se cometieron actos ilícitos, tales como el reconocimiento de créditos falsos o simulados, ventas sin facultad, y muchas otras cosas, dice el recurrente, que son irritas a los ojos de la ley.

Como se ve, este cargo se refiere a los reparos anteriores que la Corte ha examinado, sin que la nulidad alegada haya sido demostrada.

Cuarto cargo. Violación del artículo 2481 del Código Civil, porque en la demanda subsidiaria se pidió se declarara resuelto el referido contrato de partición, por no ajustarse a la verdad de los hechos, siendo así que la misma sentencia acusada rectifica tales operaciones, y saca en conclusión que están erradas, no se ajustan a la verdad de los hechos, y a pesar de esto y de estar demandada la rescisión, desconoce el derecho, violando así la disposición citada, por mala o indebida aplicación e interpretación errónea.

Observa la Corte que el artículo que cita el recurrente como violado, se refiere a la transacción, y aquí no se trata de ese contrato, sino de una partición hecha extrajudicialmente por los interesados, que eran personas sui generis, y aprobada por ellos.

De otro lado el Tribunal, en la parte motiva de la sentencia, hizo algunas rectificaciones a la partición, para concluir que más bien ha sido perjudicada la señora Fierro de Camacho, pues si las operaciones hubieran sido bien hechas, al demandante, señor Bonifacio Camacho y a su mujer, padres del causante, les habría correspondido una cuota de \$ 4.044-775, en lugar de \$ 4795,5775, que fue la liquidada en su favor, de modo que el error de que habla el recurrente, refiriéndose a las rectificaciones de la sentencia, aprovecha a su cliente.

Por último, hace el autor del recurso varias críticas a la partición, como la de haber firmado el doctor Régulo Perdomo, apoderado de la viuda, la escritura de partición como testigo; el hecho especial consignado en la partición, de que para pagarle al señor Marco A. Fierro, padre de la cónyuge sobreviviente un crédito, la misma cónyuge confesó haberle pagado con dinero de la sucesión; el no haberse hecho referencia a que el señor Guillermo Durán Ortega, siendo parte, aceptara, a nombre del señor Trujillo, una compraventa, sin facultad, como así lo declaró el mismo señor Trujillo.

Pero sobre estos reparos no formuló el recurrente la respectiva acusación, señalando el error de hecho o de derecho en que hubiera incurrido el sentenciador, ni las correspondientes violaciones de la ley. Se limitó a hacer la enumeración de lo que él cree errores que producen nulidad en la partición.

En razón de 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, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el

Tribunal de Neiva el treinta y uno de marzo de mil novecientos treinta, y condena al recurrente en las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese esta sentencia en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, tres de diciembre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Vistos:

Domingo Marino, en su condición de liquidador de la sociedad comercial colectiva **D. Marino & Lacorazza**, domiciliada en Barranquilla, estableció ante el Juez 3° del Circuito de esta misma ciudad, juicio ordinario contra la sociedad comercial **Lacorazza Hermanos**, representada por su socio administrador Cayetano Lacorazza, para que se le condene a pagar a **D. Marino & Lacorazza**, en liquidación, la suma de dos mil seiscientos diez pesos con noventa y tres centavos (\$ 2.610-93).

Dice la demanda:

"Yo, Domingo Marino, mayor de edad, de este vecindario, con el carácter de liquidador de **D. Marino y Lacorazza**, sociedad colectiva de comercio, que giró en esta plaza, por el presente propongo ante usted juicio ordinario contra la sociedad de este domicilio, **Lacorazza Hermanos**, representada por su socio administrador señor Cayetano Lacorazza, mayor de edad y de este vecindario, para que se le condene a pagar a **D. Marino y Lacorazza**, en liquidación, la suma de dos mil seiscientos diez pesos con noventa y tres centavos (\$ 2.610-93) oro, y las costas y costos de este juicio. La causa o razón de esta demanda, y los hechos en que la apoyo, son los siguientes:

1° Al disolverse la Sociedad **D. Marino & Lacorazza**, lo que se hizo por medio de la escritura pública número 1097, de tres de mayo de mil novecientos veinte, otorgada en la Notaría 1° de este Circuito, se convino en que las mercancías que estaban pedidas al Exterior, las tomaran una mitad el socio Domingo Marino, y la otra mitad los socios Jacinto y Cayetano Lacorazza, al precio de costo en esta ciudad; entendiéndose siempre en el pago con los remitentes **D. Marino & Lacorazza**, en liquidación.

2° Poco después, los señores Jacinto y Cayetano Lacorazza, constituidos en sociedad con sus hermanos Romualdo y José Lacorazza, de mutuo acuerdo convinieron en que esas mercancías (la mitad correspondiente a Jacinto y Cayetano Lacorazza) fueran facturadas aquí a la nueva firma **Lacorazza Hermanos**, quienes, en cumplimiento de tal convenio, recibieron desde junio de mil novecientos veinte hasta diciembre de mil novecientos veintidós, la cantidad de ciento noventa y cinco mil ciento nueve pesos con ochenta y un centavos en tales mercancías, suma de la cual han abonado hasta la fecha ciento noventa y dos mil cuatrocientos noventa y ocho pesos con ochenta y ocho centavos (\$ 192.498-88), quedando un saldo a su cargo de dos mil seiscientos diez pesos noventa y tres centavos (\$ 2.610-93), que aún deben, y al cual se redujo el de cinco mil cincuenta y cuatro pesos con ocho centavos (\$ 5.054-08), que tenían

pendiente hasta el mes de diciembre de mil novecientos veinticuatro, según lo confiesan en la carta que, con fecha diez y nueve de ese mes, me enviaron, y que original acompaño a esta demanda.

3° El referido saldo de dos mil seiscientos diez pesos con noventa y tres centavos (\$ 2.610-93), que deben todavía **Lacorazza Hermanos** a **D. Marino & Lacorazza**, en liquidación, no lo han pagado todavía.

Fundamentos de derecho: Código Civil, artículos 1849 y 1857; Código de Comercio, artículos 247, 540 y 541.

La parte demandada contestó la demanda en los siguientes términos:

"Niego el derecho que el señor Marino pretende tener para demandar a **Lacorazza Hermanos**.

"Los hechos los contesto así:

"Al primero: es verdad que en la escritura pública número 1097 de mil novecientos veinte, de la Notaría 1° de este Circuito, se hizo una estipulación sobre mercancías; en los términos que en dicha escritura se expresan; pero no es cierto que los remitentes de las mercancías a que se refiere la escritura fueran **D. Marino & Lacorazza**, en liquidación.

"Al segundo: es verdad que la Sociedad de **Lacorazza Hermanos** se constituyó, y que recibió mercancías por valor de ciento noventa y cinco mil ciento nueve pesos (\$ 195.109) oro legal, de los cuales pagó a **D. Marino & Lacorazza**, en liquidación, la suma de ciento noventa y dos mil cuatrocientos noventa y ocho pesos con ochenta y ocho centavos (\$ 192.498-88) oro legal; pero no es verdad que esté debiendo a **D. Marino & Lacorazza** el saldo de dos mil seiscientos diez pesos con noventa y tres centavos (\$ 2.610-93) oro legal, que se le reclama en la demanda, ni otro alguno; pues la firma de **Lacorazza Hermanos** es hoy cesionaria de un crédito por valor de cinco mil doscientos noventa y siete pesos con noventa y ocho centavos (\$ 5.297-98) oro americano, a cargo de la liquidación de **D. Marino & Lacorazza**; de manera que quien es acreedor de un saldo a su favor y a cargo de **D. Marino & Lacorazza**, es **Lacorazza Hermanos**.

"Al tercero: No es cierto.

"Presento contra la demanda la excepción de **compensación**, que fundo en el hecho de que **Lacorazza Hermanos** son acreedores de **D. Marino & Lacorazza**, por suma mucho mayor que la reclamada por los demandantes."

El demandado estableció la siguiente demanda de reconvencción:

"Yo, Cayetano Lacorazza, mayor y de este vecindario, en mi carácter de socio administrador de **Lacorazza Hermanos**, sociedad comercial de este domicilio, presento ante usted demanda de reconvencción contra **D. Marino & Lacorazza**, en liquidación, también de este domicilio, representada por el señor Domingo Marino, mayor y de este vecindario, y titulado Liquidador de tal firma, y pido, previa la tramitación de un juicio ordinario, se le condene a pagar a **Lacorazza Hermanos** la suma de cinco mil doscientos noventa y siete pesos noventa y ocho centavos (\$ 5.297-98) oro americano, a que asciende el crédito que fue adquirido por la Sociedad demandante del señor Romualdo Lacorazza, según documento original que adjunto. Pido igualmente que se le condene a pagar los intereses de demora y las costas del juicio.

"Son hechos fundamentales de esta demanda, los siguientes:

"a) La liquidación de Marino & Lacorazza dejó de repartir, según balance de fecha tres de mayo de mil novecientos veinte, la suma de treinta y cinco mil trescientos diez y nueve pesos noventa y dos centavos (\$ 35.319-92), correspondientes a utilidades obtenidas en los años anteriores.

"b) De esta suma correspondía a Romualdo Lacorazza el 15 por 100, o sean cinco mil doscientos noventa y siete pesos noventa y ocho centavos, a título de porcientaje en las utilidades, como empleado de D. Marino & Lacorazza, según convenio celebrado.

"c) Con este u otro pretexto, la liquidación de D. Marino & Lacorazza no ha pagado a Romualdo Lacorazza esa suma de cinco mil doscientos noventa y siete pesos noventa y dos centavos, debida por porcientaje de utilidades en la Casa de D. Marino & Lacorazza.

"d) Romualdo Lacorazza cedió a Lacorazza Hermanos su crédito por la dicha suma de cinco mil doscientos noventa y siete pesos con noventa y ocho centavos, y tal cesión fue debidamente notificada al Liquidador de D. Marino & Lacorazza; y

"e) Lacorazza Hermanos son hoy acreedores de D. Marino & Lacorazza por la suma de cinco mil doscientos noventa y siete pesos noventa y ocho centavos (\$ 5,297-98) oro americano, como cesionario de Romualdo Lacorazza.

"En derecho me fundo en los artículos 1494, 1602, 1603, 1615, 1617, 1627 del Código Civil, y demás disposiciones concordantes."

La parte reconvenida contradijo la contrademanda.

El Juez sentenció así:

"Por todo lo expuesto, el Juzgado 2º del Circuito, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

"1º Condenar, como en efecto condena, a la Sociedad denominada **Lacorazza Hermanos** a pagar dentro del término de seis días, después de notificada esta sentencia, la suma de dos mil seiscientos diez pesos con noventa y tres centavos (\$ 2.610-93) oro, a la Sociedad en liquidación D. Marino & Lacorazza.

"2º Condénase en costas a la citada Sociedad **Lacorazza Hermanos**, en la suma de trescientos pesos (\$ 300) por trabajo en derecho.

"3º Absuélvese a la Sociedad D. Marino & Lacorazza de los cargos que la Sociedad **Lacorazza Hermanos** le hace en la demanda de reconvención, de fecha tres de octubre de mil novecientos veinticinco.

"La Secretaría liquidará las costas que le corresponde a ella liquidar."

Por apelación de **Lacorazza Hermanos**, el Tribunal Superior de Barranquilla confirmó la sentencia de primera instancia.

La misma parte interpuso recurso de casación. Es admisible el recurso por reunir los requisitos prescritos por la ley, el cual se apoya en las causales primera y segunda de casación.

Segunda causal.

El recurrente formula el motivo en estos términos:

"Porque el Tribunal, al confirmar la sentencia del Juez de primera instancia, resolvió sobre un punto que no fue objeto de la controversia, debido a que cuando el demandante contestó la demanda de reconvención el vein-

titrés de junio de mil novecientos veintiséis, el juicio principal estaba abierto a pruebas desde el veintitrés de octubre de mil novecientos veinticinco, es decir, había expirado el término probatorio del juicio que originó la demanda de reconvención, con lo cual se vio privado el actor en reconvención de las garantías que otorga la ley para evitar que sea vencido en juicio sin que se le oiga previamente, observando la plenitud de las formas propias de cada juicio."

En otro concepto funda también la acusación:

"El cuasicontrato de la **litis contestatio**—argumenta el recurrente—lo forma la demanda, la defensa, de la cual suelen hacer parte las excepciones y la demanda de reconvención. Cuando lo último sucede, esto es, que ocurre demanda de reconvención, la ley hace anexas las dos causas, y prescribe que 'de la demanda de reconvención se dará traslado por cinco días al demandante, y si éste insistiere en su demanda, negando la reconvención, se sustanciarán bajo una misma cuerda.' Hay, pues, por prescripción del legislador, consignada en los artículos 947 y 948 del Código Judicial, una prohibición de que se divida la continencia de la causa."

Deduca el recurrente la violación del artículo 26 de la Constitución y de los artículos citados del Código Judicial.

Se considera:

Basta leer el fundamento del cargo, para ver que él pertenece a la primera causal y no a la segunda.

En cuanto al fondo mismo del motivo, no es exacto el quebrantamiento de la continencia de las causas, porque tanto la demanda principal como la de reconvención, tuvieron una tramitación común, y quedaron comprendidas en una misma sentencia.

La parte demandada fue citada y oída en el juicio. Tuvo amplio campo para que se enmendase la irregularidad en que incurrió el Juez de la causa, ora apelando del auto en que se abrió a pruebas el juicio, ora pidiendo revocatoria de tal fallo. En primera instancia, además, pudo pedir pruebas relacionadas con la demanda de reconvención, lo mismo que en la segunda instancia. No hubo, por ende, violación del artículo 26 de la Constitución. El cargo es manifiestamente infundado.

Primera causal.

Contiene varios motivos.

Primer cargo. Error de derecho por violación de los artículos 465 y 469 del Código de Comercio, al admitir como prueba de la existencia de la sociedad demandante y de la personería de su representante, las escrituras públicas números 431, Notaría 1ª de Barranquilla, fecha veintiuno de abril de mil novecientos trece, y número 570 de veintinueve de abril de mil novecientos diez y ocho, de la misma Notaría. Por la primera escritura se constituyó la Sociedad de D. Marino & Lacorazza; por la segunda escritura se prorrogó el término de duración de tal Sociedad. Estas escrituras no hacen fe—dice el recurrente—puesto que en juicio no hay constancia de que el extracto notarial se hubiese registrado en la Secretaría del Juzgado respectivo.

Se considera:

Este cargo constituye un motivo nuevo, porque la falta de personería del demandante, por no estar debidamente acreditada, no fue cuestión debatida en las instancias del juicio, ni materia de decisión de las sentencias respectivas. Tal personería, aparte de algún reparo

que hizo oficiosamente el Tribunal al conocer en apelación de las excepciones dilatorias propuestas por el opositor, el cual fue subsanado, fue aceptada durante todo el juicio por el demandado.

El cargo es improcedente.

Segundo cargo. Error de derecho en que incurrió el Tribunal al dar carácter de plena prueba de confesión judicial a una simple declaración de los demandados, que carece de los elementos jurídicos que constituyen esa prueba, lo cual comporta la violación de los artículos 1502 del Código Civil, y 555, 556, 559, 575 y 576 del Código Judicial.

Como base de este cargo y de los siguientes, transcribe el recurrente esta parte de la sentencia del Tribunal:

"De la demanda principal no es mucho lo que toca decir, porque el problema que ofrece nada tiene de oscuro, atendida la contestación que a ella dio la entidad demandada. Es que el Tribunal no puede menos que dar por probados los hechos fundamentales de la acción propuesta por el Liquidador de la disuelta Compañía D. Marino & Lacorazza, porque es fuera de duda que Lacorazza Hermanos convienen en ser deudores de su contraparte por la suma que fija el hecho segundo del libelo de demanda, o sea de dos mil seiscientos diez pesos con noventa y tres centavos. Así lo estima la Sala, acogida a los términos en que los demandados fundan la compensación que alegan, esto es, 'en el hecho de que Lacorazza Hermanos son acreedores de D. Marino & Lacorazza, por suma mayor que la reclamada por los demandantes.'"

Con una manifestación como la que entraña el pasaje copiado y con el significativo extremo que envuelve la respuesta del excepcionante a los hechos 1º y 2º de la demanda, queda en claro que el demandado hizo una confesión de las que jurídicamente se denominan divisibles, o de otra manera, que reconoce su obligación, pero creyéndose, a su turno, con derechos que hacer valer contra el que lo persigue, por vía de compensación.

El Tribunal violó—dice el doctor Pareja—las disposiciones citadas, puesto que faltan los requisitos esenciales para que constituya confesión la declaración hecha por la parte demandada. Este es un nuevo motivo de casación, ya que en las instancias del juicio las partes aceptaron la confesión en que estriba la sentencia recurrida. En conformidad con la doctrina uniforme de la Corte, son improcedentes en el recurso de casación los puntos nuevos, es decir, los concernientes a tesis no discutidas o aceptadas por las partes en las dos instancias del juicio.

En el recurso fundado ante el Tribunal, sostiene el recurrente que la confesión que hizo la parte demandada al contestar la demanda es indivisible, toda vez que alegó la compensación, a causa de que la Sociedad actora debe mayor cantidad a la opositora.

Se considera:

"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta" (artículo 1759 del Código Civil).

De acuerdo con esta disposición, tocaba a la parte demandada probar la compensación, que es una excepción perentoria y un modo de extinguir las obligaciones (artículos 1625 del Código Civil y 479 del Código Judicial).

Para que haya compensación es menester que las dos partes sean mutuamente deudoras. En el juicio no hay prueba de que la parte demandante sea deudora de la demandada. Hay, eso sí, prueba de que la Compañía

opositora debe a la actora la cantidad por que se le demandó. El demandado propuso la excepción de compensación; confesó haber recibido mercancías por valor de \$ 195.109, de los cuales ha pagado \$ 192.498-88, y reconoció en carta deber un saldo de \$ 5.054-08, suma mayor que la que se le exige.

En armonía con la ley y con la jurisprudencia de la Corte, la confesión hecha por la parte demandada es divisible.

Dice así el artículo 568 del Código Judicial:

"Cuando la circunstancia o modificación que se añade en la confesión explicada, puede separarse del hecho sobre que recae la pregunta, o más bien cuando es una verdadera excepción, se llama la confesión dividua o divisible, y tiene toda la fuerza de una confesión absoluta o simple, a menos que el confesante pruebe la modificación o circunstancia añadida; mas cuando esa circunstancia o modificación es inseparable del hecho preguntado, la confesión se llama individua o indivisible, y no se puede admitir en una parte y desechar en otra por el adversario, quien si quiere aprovecharse de ella, tiene que probar ser falsa la modificación."

La confesión en referencia es claramente divisible, ya que la compensación comporta una excepción perentoria.

Dice la Corte:

"En efecto: él (el recurrente) dice que 'cuando la modificación o explicación que se agrega a una confesión tiende a desconocer la efectividad misma de la obligación, la confesión es indivisible,' y precisamente lo contrario es lo que establece la ley; pues toda modificación o explicación que tienda a desconocer la efectividad de la obligación, o, en otros términos, todo hecho en virtud del cual la ley desconoce la existencia de la obligación, constituye, según el artículo 52 de la Ley 105 de 1890, excepción perentoria, y de conformidad con el artículo 568 del Código Judicial, cuando la circunstancia o modificación añadida a la confesión constituye excepción, la confesión es dividua o divisible."

Agrega la Corte:

"Por otra parte, según doctrina de esta misma Corte (Gaceta Judicial, año 12, página 370), no puede encontrarse error de derecho en la apreciación que haga el Tribunal, de ser divisible o indivisible una confesión explicada, pues puede decirse que ha quedado a la interpretación o arbitrio de los jueces la calificación de que el hecho confesado y añadido como explicación al hecho principal, sea separable o inseparable de éste." (Gaceta Judicial, año XVIII, página 147, 2º).

El cargo es, por ende, infundado."

Error de hecho:

Dice el recurrente que "aun aceptando, en gracia de discusión, que en la contestación de la demanda hubo verdadera y perfecta confesión de la deuda reclamada por el actor, la sentencia es casable por error de hecho evidente, cometido por el Tribunal en la apreciación de la prueba, porque ella no podía apreciarse aisladamente, sino en íntima, inseparable relación con la escritura número 1097, de tres de mayo de mil novecientos veinte; que, de acuerdo con esa escritura, la obligación de que se trata es a plazo, y de ahí que fuese indispensable probar previamente que la obligación era exigible, que el plazo estaba vencido; y que el Tribunal violó los artículos 1553 y 1627 del Código Civil y 681 del Código Judicial."

Se considera:

Este motivo comporta la excepción de petición antes de tiempo o de modo indebido, que no se alegó en el juicio, ni se consideró en las sentencias de primera y segunda instancia. La parte demandada aceptó tácitamente el ser de plazo vencido la deuda que exige la sociedad actora, entre otras razones, por haber propuesto la excepción de compensación.

Es improcedente alegar en la demanda de casación excepciones, si éstas no se discutieron en el juicio, ni se consideraron en las sentencias de las instancias.

Error de hecho:

En los siguientes términos formula el recurrente este cargo:

"El mismo error de hecho evidente cometió el Tribunal en la apreciación de la prueba de confesión, que en gracia de discusión, doy sentado que existiera, por lo que hace a la cuantía de la deuda que se dice confesada; porque, conforme a los exactos términos de la contestación de la demanda, la cuantía de la confesión allí hecha, según lo piensa el Tribunal en el párrafo del fallo arriba copiado, no podría ser superior a la diferencia entre las cantidades \$ 195.109 oro legal y \$ 192.498-88 oro legal, diferencia que es de \$ 2.610-12, y como la condenación, que se dice fundada exclusivamente en esa supuesta confesión, fue hecha por \$ 2.610-93, cantidad que es distinta de la otra, y que expresamente negaron deberla los demandados, hubo error evidente de hecho en la apreciación de dicha prueba de confesión, y con ello se violaron de manera indudable los artículos 555, 556 y 559 del Código Judicial."

Se considera:

El error de los centavos en que se cifra el cargo es un motivo nuevo, improcedente en casación, de acuerdo con lo expuesto atrás. Nada dicen las sentencias sobre el particular, nada dijeron las partes en las instancias del juicio.

El cargo es, pues, inaceptable.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide:

1º No es casable la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el veintitrés de julio de mil novecientos treinta.

2º Se condena al recurrente a pagar las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, siete de diciembre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Vistos:

Ante el Juez 5º del Circuito de Bogotá, Tulio F. Sánchez instauró contra Abraham Martínez juicio ordinario para que se hiciesen las siguientes declaraciones:

"a) Que se declare resuelto por falta de pago y del cumplimiento de su obligación por parte del demandado, el contrato de permuta que reza la escritura número 788, de fecha diez y seis de abril de mil novecientos vein-

titrés, pasado ante el Notario 1º de este Circuito, que acompañó a este libelo.

"b) Que, como consecuencia de la declaratoria anterior, el señor Abraham Martínez está en la obligación de restituírme, dentro de los seis días de ejecutoriada la sentencia, las fincas que le cedi y entregué, posesionándolo legalmente de ellas, como pago de unos bienes que él fingió cedermé, y que nunca poseyó.

"c) Que mi demandado, señor Abraham Martínez, está en la obligación de pagarme los perjuicios que me ha causado por el lucro cesante y el daño emergente que se derivan del usufructo que él ha tenido de mis propiedades, las cuales no me pagó conforme los términos del contrato, haciendo uso de artes dolosas; y

"d) Que una vez declarado nulo el contrato por falta de pago, mi demandado está en el deber de pagarme las costas de este juicio, si lo sostiene."

El Juez, en sentencia de treinta de octubre de mil novecientos veintinueve, desató la controversia, absolviendo al demandado de los cargos formulados en la demanda.

Por apelación del demandante, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia fechada el diez y nueve de junio del corriente año, confirmó la providencia recurrida.

El demandante interpuso casación, sin fundar el recurso ante el Tribunal. Corrido el traslado al recurrente para que fundara el recurso, dejó aquél transcurrir el término legal perentorio, sin que presentara la demanda de casación, acto éste que no verificó sino el veintiocho de noviembre postrero. A esta fecha ya estaba vencido el término para alegar.

"La Corte ha establecido en numerosas decisiones que la omisión en fundar oportunamente el recurso de casación, bien ante el Tribunal al interponerlo, bien ante la Corte dentro del término perentorio que señala la ley, tiene como sanción la de que el recurso quede desierto. No existe ley expresa que así lo disponga, pero la doctrina de la Corte se deriva del principio de procedimiento judicial de que los actos que ordena la ley que se realicen dentro de un término perentorio, carecen de efecto si se verifican fuera de aquél; y desde entonces, una demanda de casación extemporánea se considera como no presentada y como abandonado el recurso, porque no habría materia sobre que recayese el fallo de casación." (Jurisprudencia de la Corte, tomo III, número 3321).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso y ejecutoriada la sentencia del Tribunal, materia de la casación.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos treinta y dos.

En memorial fechado el veintisiete de enero del año en curso, el señor Tulio F. Sánchez pide revocatoria del fallo de siete de diciembre de mil novecientos treinta y uno, por el cual se declaró desierto el recurso de casación por él interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, a que se refiere aquella providencia.

Alega el señor Sánchez que causas imprevistas le obligaron a demorar la presentación de su alegato de casación, cuales fueron:

"Que cuando saqué el expediente en traslado para formular mi alegato, faltaban ya pocos días para vencerse el término señalado, y luego que mi abogado se enfermó, y por tal motivo no pudo redactarme el alegato a su debido tiempo, que son causas imprevistas justas y legales, para que no se me apliquen las sanciones impuestas por la Corte."

En el caso que se estudia, según el informe del Secretario de la Corte, "el traslado al recurrente se ordenó el siete (7) de octubre último, en auto que, según consta en el expediente, fue notificado por edicto el nueve (9) de ese mes, y quedó ejecutoriado el quince (15); de modo que, según el artículo 42 de la Ley 40 de 1907, el término comenzó a correr el diez y seis (16), sin que el expediente fuera retirado por el recurrente sino el cinco (5) de noviembre inmediato. Y como los treinta (30) días del traslado se vencieron el diez y nueve (19) de este último mes (noviembre), y los autos no fueron devueltos sino hasta el veintiocho (28), esto es, ocho días después del vencimiento, es claro que la devolución fue hecha después de expirado el término que fijó el auto primeramente citado en este informe.

"Es de advertir que del diez y seis de octubre al diez y nueve de noviembre últimos, hubo cinco domingos, que se excluyeron del expresado término, con arreglo al inciso 5° del artículo 14 de la Ley 100 de 1892."

Según doctrina de la Corte, el término para fundar el recurso de casación es perentorio, lo que equivale a decir que si no se funda dentro de él, queda desierto el recurso. Entre otras decisiones pueden verse las que figuran en la *Jurisprudencia de la Corte*, tomo I, números 1720, 2022, 3387; tomo II, números 2094 y 2095; tomo III, números 3322, 3325, 3326 y 3381.

El hecho de que el recurrente no haya ocurrido a retirar los autos de la Secretaría, sino ya al vencerse el término del traslado, no es ni con mucho causa legal que libre a aquél de la sanción de deserción, si el recurso no se funda en tiempo.

Por lo que hace a la enfermedad del abogado del recurrente, que impidió al primero redactar el alegato a su debido tiempo, la Corte observa que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64 de la Ley 105 de 1890, la enfermedad de las partes sólo suspende los términos judiciales cuando es calificada de grave, y así ha sido declarada por resolución judicial antes de vencerse el correspondiente término.

La simple aserción del recurrente no puede tenerse como prueba ni de la enfermedad de su abogado ni de que ésta fue grave, en armonía con claros principios sobre pruebas.

En mérito de 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 accede a revocar el fallo de fecha siete de diciembre de mil novecientos treinta y uno.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen, como está ordenado.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, primero de diciembre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Vistos:

Ricardo Peña Velasco entabló ante el Juez 3° del Circuito de Cali, juicio ordinario contra Francisco, Pompeyo y Eugenio Lores y Octavia Lores de Rieck, representada ésta por su esposo Emilio Rieck, sobre indemnización de perjuicios, que el actor descompone así:

Primera. Los demandados se hallan en la obligación de pagar al actor el valor de los gastos que tuvo que hacer en el año de mil novecientos diez y siete, a causa de una querrela civil de Policía, sostenida contra Rafael González P., en carácter de administrador de la hacienda de Santa Ana, para conservar el *statu quo* de la servidumbre activa de tránsito, que según la escritura número 530, de veintitrés de agosto de mil novecientos diez y siete, se reputó como parte integrante de la compraventa celebrada entre los demandados y el actor, o sea la suma que, según el debate de las pruebas, acredite el valor de aquellos gastos.

Segunda. Los demandados están en la obligación de pagar al actor el monto de los gastos que tuvo que hacer para defender en beneficio del predio de El Boquerón, el mismo camino, en la acción civil iniciada por Jaime Córdoba contra el demandante, en el Juzgado 3° de este Circuito, en los años de mil novecientos diez y siete a mil novecientos veintiuno, según resulta de las pruebas.

Tercera. Los demandados están en la obligación de pagar al actor el valor de los gastos que tuvo que hacer para proveerse de un camino provisional por el predio de El Limonar, del señor César Córdoba, y de Meléndez, de propiedad de los demandados, y en la conservación y sostenimiento de este camino en los años de mil novecientos veintiuno a mil novecientos veinticuatro, monto que, según el debate de las pruebas, resulte acreditado.

Cuarta. Los demandados están obligados a pagar al actor la suma de cuatro mil pesos y sus intereses legales, desde el doce de noviembre de mil novecientos veinticuatro hasta el día del pago efectivo, o sea el valor de la zona de terreno del predio de Santa Ana, que para proveer de un camino estable y de cómodo acceso a la vía pública, tuvo que comprar a Pedro Antonio Peña, a virtud de la escritura número 2012, de doce de noviembre de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 3° del Circuito de Bogotá, y los gastos de la respectiva escritura.

Quinta. Los demandados están en la obligación de pagar al actor el valor de los gastos que tuvo que hacer en la acción judicial iniciada contra Mariano Córdoba, en el Juzgado 1° del mencionado Circuito de Cali, para proveerse de un camino en favor del mismo predio de El Boquerón, para comunicarlo con la vía pública; gastos cuyo valor se acredite en el juicio.

Sexta. Los demandados están en la obligación de pagar al actor el valor de los perjuicios sufridos por la perturbación y la evicción del camino o servidumbre activa de tránsito, que en beneficio del predio de El Boquerón y por el predio de Santa Ana, adquirió, según la escritura pública número 350 citada, perjuicios cuyo valor determinen peritos.

Séptima. Que tales pagos deben ser hechos por los demandados al actor, seis días después de notificada la presente sentencia; y

Costas.

En subsidio pide el actor que en el caso de que no se haga alguna o algunas de las declaraciones pedidas, el Juez remita a las partes a un juicio pericial diverso, para la determinación de las sumas a cuyo pago deben quedar obligados los demandados.

Enuncia el actor como fundamento de su demanda, los siguientes hechos:

1° La escritura pública número quinientos treinta (530), de veintitrés (23) de agosto de mil novecientos diez y siete (1917), pasada ante el señor Notario número primero del Circuito de Cali, registrada bajo la partida número 540 del Libro 1° de Registro, con fecha veinticinco de agosto de ese año, los señores Pompeyo, Francisco, Eugenio y Octavia Lores dijeron vender al señor Ricardo Peña Velasco "todos los derechos de propiedad y de cualquiera otro título que a cada uno de los otorgantes le corresponde en una finca rural llamada El Boquerón, ubicada en este Distrito Municipal, y que linda: al Norte, con el río Lile y propiedad del señor César Córdoba; Sur, propiedad de la señora Sara Colmenares viuda de Iglesias, y con el caño llamado El Estero; Oriente, con el mismo caño de El Estero, y al Occidente, en parte, con el río Lile, y en parte con propiedad del doctor Mariano Córdoba. Cláusula 1°.

2° Declaran los vendedores en la cláusula cuarta del citado título traslativo de dominio:

"Que los derechos materia de la venta no los habían enajenado antes a ninguna persona, y que a su saneamiento saldrían en los casos y como lo manda la ley."

3° Declararon asimismo que hacían la venta "con todas sus dependencias y anexidades, usos, costumbres y servidumbres activas y pasivas de la finca de El Boquerón, entrando el derecho de comunicarse con ella por el camino de que para ellos han usado los otorgantes desde hace más de treinta años, que es el que atraviesa la propiedad de Meléndez, de los mismos vendedores, y las tierras de la antigua hacienda de San Joaquín, hoy del General Jaime Córdoba." Cláusula quinta.

4° Declararon igualmente en la cláusula 6°, que "la extensión de los derechos vendidos al señor Peña Velasco, por la citada escritura, comprendían una extensión de cuatrocientas catorce (414) fanegadas de terreno, por lo menos."

5° Mi poderdante, como adquirente de buena fe, pagó a los vendedores el precio de esa compraventa en la forma determinada.

6° El camino o vía de tránsito de que se beneficiaba el predio de El Boquerón para comunicarse con la vía pública que de esta ciudad conduce hacia el Sur, fue perturbado en su uso y suspendido el tránsito hacia fines del año de mil novecientos diez y siete, por el propietario y por el administrador y los agentes del predio de Santa Ana, que se interponía y se interpone entre el predio de El Boquerón y la referida vía pública, razón por la cual mi poderdante se vio privado del camino que, como servidumbre activa de tránsito en favor de El Boquerón, y como anexidad, dependencia y derecho real y activo del referido predio, le vendieron los señores Lores por la escritura mencionada, y tuvo, consiguientemente, que sufrir considerables perjuicios anexos a aquella interrupción.

7° Con fecha siete de diciembre del citado año, mi poderdante tuvo que iniciar una costosa querrela, a fin de sostener, por los trámites de una acción civil de policía, el *statu quo* existente. Tal querrela fue desatada por las Resoluciones número 73, proferida por la Alcaldía de este Municipio, con fecha 11 de los citados mes y año, y por la número 46, de 21 de diciembre de 1917, proferida por la Prefectura Provincial de Cali.

8° Con fecha cinco de junio de mil novecientos diez y ocho, el doctor Maximiliano Bueno C., como apoderado del señor Jaime Córdoba, inició acción civil ordinaria contra mi poderdante para que en sentencia definitiva se declarase que el predio de Santa Ana no estaba gravado ni debía servidumbre de tránsito al predio de El Boquerón.

9° Con fecha veintiuno de julio de mil novecientos diez y ocho, se corrió traslado de la demanda a mi poderdante, razón por la cual éste se vio obligado a sostener las defensas preliminares del litigio, haciendo gastos, sufriendo perjuicios y pérdidas de tiempo, etc., hasta que, por memorial de fecha cinco (5) de mayo de mil novecientos diez y nueve (1919), denunció el litigio a sus vendedores, a quienes, por haberse acogido la denuncia, se les corrió traslado de la demanda, así: a Pompeyo, Eugenio y Octavia Lores, separadamente a cada uno, en cinco de junio de mil novecientos diez y nueve, y a Francisco Lores, con fecha seis de los citados mes y año.

10. Con fecha once de junio de mil novecientos diez y nueve los denunciados apoderaron a los doctores Francisco A. Magaña y Temístocles Rengifo V. para que afrontaran el litigio, razón por la cual el doctor Magaña, previa ritualidad de varias excepciones dilatorias, recibió el traslado definitivo con fecha veintiuno de julio de mil novecientos veinte, y contestó la demanda en esa misma fecha, a nombre de sus poderdantes.

11. Por sentencia de fecha seis de diciembre de mil novecientos veinte, proferida por el señor Juez 3° de este Circuito, y confirmada por el honorable Tribunal en el fallo de trece (13) de septiembre de mil novecientos veintiuno (1921), se desató el litigio con las siguientes declaraciones:

"1° Que el señor don Jaime Córdoba es dueño de la finca rural denominada Santa Ana, ubicada en este Distrito.....

"2° Que el expresado predio de Santa Ana no está gravado con servidumbre de tránsito y de camino a favor del predio denominado El Boquerón, perteneciente al señor Ricardo Peña Velasco, y, por lo mismo, el señor Jaime Córdoba no está obligado a soportar el tránsito por su finca para conducirse a El Boquerón....."

12. Por razón de la evicción de la servidumbre o vía de tránsito decretada en el aludido fallo, los perjuicios sufridos por mi poderdante fueron aún mayores, por haberse destituido en absoluto al predio de El Boquerón de toda comunicación con el camino público, hecho que le causó considerables pérdidas en sus negocios, pues mantenía allí de seis a doce agentes o empleados permanentes; de ciento cincuenta (150) a ciento sesenta (160) vacas de ordeño; de cien (100) a doscientas (200) cabezas entre ganado macho y vacas horras; bestias de silla y de carga, etc.

13. A virtud de lo relatado en hechos anteriores, mi poderdante se vio obligado:

a) A solicitar un permiso transitorio al señor César Córdoba para salir por el predio de El Limonar, en di-

rección sur-norte, al camino público, dando un largo rodeo a esta propiedad por su lindero occidental, y teniendo que atravesar muchas tierras cenagosas, haciendo caminos, construyendo cercos, elevando puentes, rellenando pantanos, etc., a costa de ingentes sumas de dinero y de considerables pérdidas de tiempo.

b) A demandar al doctor Mariano Córdoba para que, por la vía de Cañasgordas, se diese al predio de **El Boquerón** comunicación con el camino público.

14. En vista de la insostenible situación, por falta de una vía estable para comunicar el predio de **El Boquerón** con la vía pública, por ser casi intransitable en tiempo de invierno la del permiso concedido por el señor César Córdoba, por escritura número dos mil doce (2012), otorgada el doce (12) de noviembre de mil novecientos veinticuatro (1924), en la Notaría 3ª del Circuito de Bogotá, y registrada en Cali con fecha cuatro (4) de abril de mil novecientos veinticinco, mi poderdante hubo de comprar al señor Pedro A. Peña, propietario ya de la hacienda de **Santa Ana**: "la propiedad, el dominio y la posesión absolutas de una faja o porción de terreno de dicha hacienda, de una anchura de diez (10) varas y de la longitud que resulta de una línea trazada de un punto convenido sobre el lindero sur de la dicha hacienda de **Santa Ana**, o sea de la orilla del río Lile, hasta otro punto convenido sobre el lindero occidental de la misma hacienda, o sea sobre el camino público que conduce de Cali a Jamundí, faja que divide en dos porciones, más o menos iguales, la referida hacienda, y que se traza así por razón de conveniencia para los abrevaderos de ambas porciones, quedando tal faja comprendida dentro de los siguientes linderos: 'por el Sur, en su principio o arranque, río Lile de por medio, con la hacienda de **El Boquerón**, y luego, en toda su longitud, con la porción sur de la hacienda de **Santa Ana**, de propiedad del vendedor de la zona; por el Norte y Oriente, con la otra porción de la hacienda de **Santa Ana**, ya citada, y por el Occidente, con el camino público que va de Cali a Jamundí."

15. A virtud de la adquisición a que se refiere el hecho anterior, por la suma de cuatro mil pesos oro (\$ 4,000), mi poderdante hubo de desistir del litigio iniciado contra el doctor Mariano Córdoba, a fin de obtener salida para **El Boquerón** por el predio de **Cañasgordas**.

16. Por relaciones de causalidad, todos los perjuicios sufridos por mi poderdante, todos los gastos hechos, etc., para proveer de camino al predio de **El Boquerón**, han provenido del engaño causado por los señores Lores, quienes, en la escritura número 530, de mil novecientos diez y siete, declararon venderle un camino y una servidumbre, evictas por la sentencia judicial que se deja ameritada en el hecho 11 de esta demanda.

Los demandados, aceptando algunos de estos hechos y negando otros, se opusieron a las acciones intentadas.

El Juez sentenció en estos términos:

1º Condenar, como en efecto condena, a los señores Francisco, Eugenio y Pompeyo Lores y a la señora Octavia Lores de Rieck, a pagar al señor Ricardo Peña Velasco las siguientes sumas:

a) Dos mil novecientos setenta y cuatro pesos, de acuerdo con el dictamen pericial, como valor de los perjuicios sufridos por el señor Peña con motivo de la evicción sufrida en el contrato de compraventa a que se refiere la escritura número 530, de veintitrés de agosto de mil novecientos diez y siete.

b) El valor de los gastos que tuvo que hacer en el sostenimiento del litigio con el General Jaime Córdoba, justipreciado por peritos.

2º Los absuelve de los restantes cargos formulados en la demanda; y

3º Condena en costas a los demandados.

Ambas partes litigantes apelaron.

El Tribunal Superior de Cali confirmó este fallo, por sentencia de fecha veintiséis de junio de mil novecientos veintinueve.

La parte demandada interpuso casación. El recurso es admisible.

Se procede a examinar los cargos en que se funda la casación.

Recurso fundado ante el Tribunal.

I. Se alegó la segunda causal de casación, establecida en el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, diciendo que el Tribunal condenó a más de lo debido, por haber hecho especial condenación en costas en su fallo, siendo así que el de primera instancia, confirmado por esa entidad, ya había condenado en costas a los demandados.

Estima la Corte infundado el cargo, sencillamente porque las costas de la segunda instancia en un juicio, no son materia relacionada con el cuasicontrato de la **litis contestatio**, y, por lo mismo, no causan incongruencia entre el fallo y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Dice el recurrente que la condenación al pago de las costas de la segunda instancia quebrantó los artículos 864 del Código Judicial y 6º de la Ley 39 de 1921.

Observa la Corte que como el recurrente no ha indicado el concepto en que estas disposiciones fueron violadas, como ellas no tienen carácter sustantivo, y como la primera hace obligatoria la condenación en costas si se confirma la providencia apelada, el reparo carece de fundamento.

II. Como primera causal se aducen los siguientes motivos:

1º Que el sentenciador violó los artículos 1904 y 1912 del Código Civil, ora porque condenó a los demandados a pagar como perjuicios la suma de \$ 120, correspondiente a los gastos de una querrela de Policía, que no podían quedar englobados a las cosas a que se extiende el saneamiento por evicción, ora porque en la condenación a que se refiere el punto a) de la sentencia de primera instancia confirmada por el Tribunal, se deducen contra los demandados dos sumas por un mismo concepto, que es el indicado con las letras a) y d) en la exposición pericial.

a) En lo tocante al primer concepto, la Corte observa:

En la petición primera de la demanda se reclama el pago del valor de los gastos correspondientes a la querrela de Policía sostenida por el señor Peña Velasco contra el señor Rafael González, a la cual se alude en el hecho 7º de la misma.

En el dictamen pericial rendido por los señores José Daniel Tenorio y Heliodoro Díaz, se aprecian esos gastos, bajo la letra c), en la cantidad de \$ 120, los cuales, sumados a otras cifras que señalan los peritos como valor de otros perjuicios, dan un total de \$ 2,974.

La sentencia de primera instancia condenó a los demandados al pago de esta suma "como valor de los perjuicios sufridos por el señor Peña con motivo de la evicción."

El Tribunal confirmó el fallo, reconociendo que hubo evicción parcial de lo vendido al demandante mediante la escritura número 530, de veintitrés de agosto de mil novecientos diez y siete, y añadiendo:

"Esas prestaciones no pueden ser, en este caso, otras que las relativas a las costas que el comprador comprase haber sufrido a consecuencia y por efecto de la demanda que dio lugar a la evicción, lo mismo que los perjuicios que por causa de la evicción se causaron al comprador; y comoquiera que el Tribunal encuentra correcta la apreciación que de éstos hicieron los peritos de las partes, a ellos también han de ser condenados los vendedores."

A la luz del artículo 1904, citado por el recurrente, es incorrecta la condenación al pago de la mencionada suma de \$ 120, por cuanto el reembolso de los gastos de la citada querrela de Policía no es consecuencial a la evicción que sólo comprende:

"1° La restitución del precio.

"2° La de costas legales del contrato de venta que hubieren sido satisfechas por el comprador.

"3° La del valor de los frutos que el comprador hubiere sido obligado a restituir al dueño.

"4° La de las costas que el comprador hubiere sufrido a consecuencia y por efecto de la demanda; y

"5° El aumento del valor que la cosa evicta haya tomado en poder del comprador."

No podía el juzgador reconocer el reembolso de las costas de la querrela de Policía, ni como una consecuencia de la evicción planteada en la primera petición de la demanda, ni como indemnización de perjuicios planteada en la sexta petición.

Estando, pues, los gastos de la demanda de Policía fuera de las cosas que comprende el saneamiento por evicción, según el artículo 1904 del Código Civil, resulta fundado el reparo hecho a la sentencia, la cual debe ser infirmada parcialmente, para que se descargue en la condena por \$ 2,974 la cantidad de \$ 120.

Las anteriores conclusiones de la Corte no contradicen la doctrina que tiene invariablemente establecida, de que cuando el Tribunal ha apreciado una prueba, no cabe en casación modificar dicha apreciación, mientras no se alegue y resulte establecido que el sentenciador incurrió en error manifiesto de hecho o de derecho, porque el dictamen pericial en este caso es solamente prueba del valor o cuantía de los gastos realizados en la querrela de Policía, y en el juicio se trata de determinar si los demandados están o no obligados a pagar esos gastos, obligación que en abstracto ha de examinarse, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1904 del Código Civil. Es, pues, una cuestión de mero derecho y no de prueba de la cuantía del derecho.

b) En lo tocante al segundo concepto, observa la Corte que no tiene fundamento. En efecto: los peritos, en los puntos a) y d) de su dictamen, contra lo que afirma el recurrente, señalan valores distintos por hechos distintos que reputan generadores de perjuicios, los cuales son:

a) La construcción de una vía; y

d) La necesidad de transitar por un camino más largo y penoso que el de la comunicación por Santa Ana.

2° Dice el recurrente:

"Como Peña Velasco compró 'los derechos que los Lores tenían en El Boquerón,' los cuales derechos proce-

dían por herencia de su padre y de un su hermano, la condenación de los perjuicios ha debido hacerse a prorrata, conforme lo previene el artículo 1896 del Código Civil en su última parte; y si esto no se hizo, dicha disposición, que ha debido tener cumplido efecto, fue violada."

La Corte observa:

La sentencia no ha condenado a los demandados in *solidum*. Por tanto, el cargo no prospera.

3° Alega el recurrente que como la sentencia condenó a los demandados a reembolsarle al actor el valor de los gastos que tuvo que hacer en el sostenimiento del litigio con el General Jaime Córdoba, y al desatarse este, litigio, negando la existencia de la servidumbre, se hizo expresamente excepción de las costas, se quebrantó el artículo 831 del Código Judicial y se atenta contra el mérito de la cosa juzgada.

La Corte no lo entiende así. Véase porqué:

En el juicio seguido por el General Córdoba contra el señor Peña Velasco con acción negatoria, no hubo condenación en costas, lo cual significa que éste no quedaba obligado a pagarle a aquél los gastos que debió hacer en defensa de su derecho. El demandado, naturalmente, hizo también gastos a consecuencia de la demanda del General Córdoba.

En el juicio que actualmente se revisa en casación, se trata de saber si los gastos erogados por el señor Peña deben o no serle pagados por los demandados, y a estar por la afirmativa, no se contradice la sentencia del primer litigio, ni se da ocasión a dos fallos contradictorios. Por tanto, es infundado el cargo.

Recurso fundado ante la Corte.

Se ha alegado la primera causal de casación en los siguientes motivos:

I. Violación de los artículos 1893 y 1894 del Código Civil. Dice el recurrente:

"La lectura de las anteriores disposiciones da a entender que la acción de evicción se refiere a la cosa comprada, es decir, a un cuerpo cierto determinado, por lo general a un bien raíz determinado por su situación y linderos. De modo que está fuera de duda que la acción de evicción debe referirse a un cuerpo cierto, porque si no es así, no hay lugar a que prospere tal acción. Se impone, pues, la necesidad de estudiar detenidamente el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 530, de veintitrés de agosto de mil novecientos diez y siete, otorgada ante el Notario 1° del Circuito de Cali, que debidamente registrada figura a los folios 36 a 40 del cuaderno principal de primera instancia, para saber si tal contrato versó sobre cuerpo cierto o nó."

Después de copiar algunas cláusulas de la escritura, añade el recurrente:

"De modo que con las transcripciones hechas está probado que los señores Lores no vendieron al señor Peña Velasco sino derechos en la finca El Boquerón, y no todos los derechos, porque los pertenecientes a la señorita María Polonia Lores no entraron en este contrato, como claramente se deduce del punto séptimo del contrato respectivo. En el punto 3° del contrato de compraventa dicen los vendedores que los derechos que le venden al señor Peña Velasco, en El Boquerón, los adquirieron por herencia de su padre el señor Mariano Mesa, y de su hermano el doctor Aristides Lores, cuyos juicios de sucesión están protocolizados en la Notaría 1°

de Cali. Sin embargo, no se expresa ni el número ni la fecha de la escritura de protocolización, ni se dice nada acerca de la proporcionalidad de cada uno de los vendedores en los derechos vendidos. Esto hace deducir que no han seguido las sucesiones de los señores Mariano Mesa y doctor Aristides Lores, y que, por tanto, lo vendido han sido derechos herenciales, y si esto es así, no se vendió el predio **El Boquerón**, sino derechos indeterminados, en que los vendedores no responden al comprador sino de su calidad de herederos de las personas de quienes dicen heredaron, es decir, el señor Ricardo Peña Velasco no ha adquirido la finca denominada **El Boquerón**, sino derechos indeterminados en dos mortuorias, y entonces no tiene derecho de intentar la acción de evicción a que se refiere la demanda, y se han violado las disposiciones sustantivas de los artículos 1893 y 1894 del Código Civil."

Observa la Corte, en primer lugar, que el juicio entre el señor Peña Velasco y los señores Lores no se refiere a la evicción de los derechos vinculados en el predio denominado **El Boquerón**, sino a la que el actor entiende proceder de la sentencia que negó existir una servidumbre de tránsito por los terrenos del señor Jaime Córdoba. De manera que la premisa no da asidero para concluir que los artículos 1893 y 1894 fueran violados, aunque se tuviera por cierto, que no lo es, el hecho de que la venta se refiriera a derechos hereditarios y no a cuotas de dominio en una comunidad.

II. Alega el recurrente:

"Se ha violado la disposición sustantiva del artículo 1904 del Código Civil, porque la sentencia recurrida hizo aplicación indebida de esta disposición, tanto porque, como queda demostrado, el demandante no tenía el ejercicio de la acción de saneamiento, como porque, aun suponiendo en gracia de discusión que la tuviera, que no la tiene, ha demandado a los señores Lores como dueños exclusivos del predio rural denominado **El Boquerón**, y queda demostrado atrás que fuera de los demandados, por lo menos hay otra persona, María Polonia Lores, quien es dueña de un derecho en esta finca, que no se sabe qué proporción tenga con relación al total del predio, pues como he dicho, en el expediente no figura dato alguno como el que pudieran dar las hijuelas que se hubieran hecho en la partición de las mortuorias de Mariano Mesa y de Aristides Lores, o en su defecto, un certificado del Registrador de instrumentos públicos y privados del Circuito de Cali, en donde se encuentra ubicado el inmueble **El Boquerón**, sobre libertad de este inmueble. Sin embargo, la demanda de evicción se ha establecido contra los demandados, como únicos dueños, lo cual no es verdadero, y en todo caso se ha hecho aplicación indebida de la disposición del artículo 1904 del Código Civil."

La violación del artículo 1904 del Código Civil la funda, pues, el recurrente, en alguna de estas dos premisas:

1° Que el demandante carecía de la acción de saneamiento, por haber comprado derechos hereditarios solamente; y

2° Que aun cuando tuviera dicha acción, no la ha propuesto contra todos los dueños del predio de **El Boquerón**, entre los cuales aparece María Polonia Lores, quien no figura como demandada.

Observa la Corte que el artículo citado se refiere a las obligaciones a que está ligado el vendedor, a virtud del saneamiento por evicción, y que los demandados son precisamente los vendedores que aparecen en el contrato per-

feccionado por la escritura pública número 530, de veintitrés de agosto de mil novecientos diez y siete. Además, la fuerza de la primera de las premisas queda desvirtuada con la contestación que se ha dado al concepto materia del primer motivo.

Finalmente, de suponer exactas las tales premisas, sin serlo, como se ha visto, no se deduce la violación del artículo 1904, el cual se limita a indicar las prestaciones debidas a consecuencia del saneamiento por evicción.

Por lo dicho, el cargo es improcedente.

III. Dice el recurrente:

"La sentencia recurrida ha violado, de una manera directa, la disposición sustantiva del artículo 757 del Código Civil. Ya he demostrado que el señor don Ricardo Peña Velasco no compró a los señores Lores, según se hizo constar en la escritura pública número 530, de veintitrés de agosto de mil novecientos diez y siete, otorgada ante el Notario 1° del Circuito de Cali, el predio denominado **El Boquerón**, como cuerpo cierto, sino algunos derechos, no todos, en las herencias de los señores Mariano Mesa y Aristides Lores, y como no se ha traído a los autos prueba alguna acerca de que se hubieran seguido estas mortuorias y en la partición de los bienes se hubiera hecho adjudicaciones del predio **El Boquerón**, para que la tradición de la posesión reuniera los requisitos del artículo 757 del Código Civil, porque sin esa tradición no se podía disponer en manera alguna del inmueble dicho. De manera que ha habido por parte del Tribunal sentenciador error de hecho, al estimar que el señor Peña Velasco compró el cuerpo cierto denominado **El Boquerón**, y error de derecho al suponer que la tradición de la posesión del derecho de herencia se ha hecho de conformidad con la disposición citada, cuando no hay prueba alguna en el particular. La disposición citada tiene aplicación especial a la tradición de los bienes pertenecientes a una herencia, con el entendido que el decreto judicial que da la posesión efectiva de la herencia, es la sentencia aprobatoria de la partición, y luego se necesita la inscripción respectiva en el Libro de Registro de la Oficina de Registro del Circuito de la respectiva ubicación del inmueble, tanto de esta sentencia aprobatoria de la partición, como de los títulos que confieran el dominio, es decir, de las adjudicaciones respectivas hechas en la partición de los bienes. En el presente caso, como ya se ha dicho, no se ha acreditado por parte del demandante, como era su deber, que se hayan seguido las mortuorias del señor Mariano Mesa y del doctor Aristides Lores, que se hayan hecho las particiones del caso, en donde se hubieran adjudicado a los señores Lores algunos bienes, que se haya dictado por Juzgado alguno la sentencia aprobatoria de esta partición, y que se haya registrado en el libro respectivo, tanto esta sentencia como las adjudicaciones que hubieran podido hacerse en el particular, para poder afirmar que se habían observado las disposiciones del artículo citado, 757 del Código Civil, y como bien, al contrario, nada de esto se hizo, se ha violado de una manera directa esta disposición, por la sentencia dictada por el Tribunal sentenciador de segunda instancia."

Observa la Corte que, como este reparo estriba en la afirmación de que el señor Peña Velasco sólo compró derechos y acciones hereditarios, y como la escritura citada atrás se refiere a cuotas de dominio común en un inmueble, no es concluyente la aplicación del artículo 757, y no pudo, por lo mismo, ser violado por el sentenciador.

IV. Dice el recurrente:

"En la sentencia recurrida se lee:

"Pero se dice, y en esto descansa el principal argumento de la defensa, que como los demandados no transmitieron al demandante servidumbre de tránsito por entre el predio del General Córdoba, porque no hay en el contrato de venta de derechos de El Boquerón cláusula que así lo exprese, el demandante carece de la acción de saneamiento ejercitada. Si se examina con algún detenimiento la cláusula 5ª del contrato de compraventa de derechos de El Boquerón, se verá que aunque los vendedores no expresaron que a favor de este predio y sobre el de San Joaquín pesaba servidumbre de tránsito que pusiera a aquél en comunicación con el camino público que conduce de esta ciudad a Jamundí, si estipularon que en la dicha enajenación quedaba comprendido el **derecho de comunicarse el predio vendido** por el camino de que se habían venido sirviendo dichos vendedores, desde más de treinta años atrás; y comoquiera que el alcance que la ley da a la intención de las partes en las declaraciones de voluntad es tal, que no sólo es esa intención la base fundamental de la interpretación de los contratos, sino que el artículo 1618 del Código Civil va hasta sobreponerla a la letra de los mismos, cuando conocida claramente esa determinación, ella tiene en su contra lo literal de las palabras, por aquello de que la intención contiene en sí la voluntad de los contratantes, que (sic) y esa voluntad es de tal modo la norma de los contratos, que al no adolecer de algún vicio, la misma ley le da más valor que a la naturaleza misma del contrato, parece fuera de toda duda que la interpretación que más cuadra a esa cláusula, porque esa fue la intención de los contratantes, es la de comprender en la enajenación de El Boquerón el derecho de transitar por el predio de San Joaquín, para ponerse en comunicación con el camino público, y como estos son precisamente los elementos que constituyen la servidumbre legal de tránsito, y hay que suponer que sin el goce de esta servidumbre Peña Velasco no habría adquirido la dicha propiedad, o al menos no la habría hecho por el precio por que se le transmitió, forzoso es admitir también que el demandante adquirió y los demandados enajenaron un derecho de tránsito de que aquél fue privado por sentencia judicial, y que, de consiguiente, esa privación le da acción contra sus vendedores para ser indemnizado del consiguiente perjuicio."

"Me aparto de la opinión del Tribunal sentenciador, porque he demostrado que el señor Peña Velasco no compró cuerpo cierto, como lo es el predio de El Boquerón, a los señores Lores, sino derechos herenciales en las sucesiones del señor Mariano Mesa y del doctor Aristides Lores, y eso no fueron todos los derechos herenciales, y, por tanto, no tiene derecho al saneamiento de la evicción, caso de que hubiera habido, el demandante. Por otra parte, aun en gracia de discusión, que se hubiera transmitido al demandante todo el predio de El Boquerón, que no se transmitieron sino derechos, de la cláusula quinta del contrato de compraventa que se hizo constar en la escritura pública número 530, de veintiséis (sic) de agosto de mil novecientos diez y siete, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Cali, no se deduce que se hubiera transmitido por los Lores a Peña Velasco alguna servidumbre de tránsito, porque al decir que en la venta entraba 'el derecho de comunicarse por ella con el camino que para ello han usado los otorgantes desde hace más de treinta años, que es el que atraviesa

la propiedad de Meléndez de los mismos vendedores y las tierras de la antigua hacienda de San Joaquín, hoy del General Jaime Córdoba,' esto no es servidumbre de tránsito: porque en el presente caso no se ha determinado en manera alguna servidumbre de tránsito, pues se necesitaría desde luego que tal servidumbre, que es real, que se hubiera deslindado la faja de terreno sobre la cual podía ejercitarse, su extensión, anchura, etc., y ni en la escritura pública de compraventa ni en la demanda, para dar cumplimiento al artículo 289 del Código Judicial, que dice: 'Si lo que se demanda es una cosa raíz, se especificarán sus linderos y las demás circunstancias que la dan a conocer y distinguir de otras con que pudiera confundirse,' se encuentra ningún dato cierto en este particular; pues no se sabe siquiera la dirección de tal servidumbre, y en el punto quinto de la escritura pública de compraventa no se habló de servidumbre de tránsito, sino del derecho de comunicarse por el camino, no se dice cuál, de que los vendedores se han servido durante más de treinta años; pero los vendedores no dicen que sean dueños de este derecho, ni que lo hubieran adquirido de nadie, ni que transmiten la servidumbre de tránsito de que hablan la demanda y la sentencia recurrida. Así, pues, el señor Peña Velasco no adquirió servidumbre alguna de tránsito en la compra que hizo a los señores Lores. Además, en caso de que estuviera probado que en el contrato tantas veces citado de compraventa, celebrado entre los señores Lores como vendedores y el señor Peña Velasco como comprador, que no se ha probado, los señores Lores, como no eran dueños absolutos del predio El Boquerón, porque no transmitieron sino los derechos que tenían, y no otros, que si los había, no podían transmitir parcialmente la servidumbre de tránsito, porque uno de los caracteres esenciales de las servidumbres es el de ser indivisibles. De consiguiente, la sentencia recurrida ha violado la disposición del artículo 289 del Código Judicial, de una manera directa, lo mismo que las disposiciones de los artículos 879, 880, 882 del Código Civil y el artículo 1624 del mismo Código."

En cuanto al concepto de que los actores no tengan derecho al saneamiento por evicción, en virtud de que el señor Peña Velasco no compró sino derechos y acciones, observa la Corte que sobre tal afirmación ya se dijo lo bastante para demostrar la ineficacia del cargo.

En lo que se refiere al concepto de que por la cláusula 5ª de la escritura número 530, de veintitrés de agosto de mil novecientos diez y siete, no se enajenó una servidumbre de tránsito, y por eso se violaron, como afirma el recurrente, los artículos 289 del Código Judicial y 879, 880, 882 y 1624 del Código Civil, la Corte observa que el cargo resulta inadmisibles, porque contra la sentencia del Tribunal no se ha aducido la tacha de error evidente de hecho o de derecho en la apreciación de la escritura número 530, y, por tanto, no se puede modificar la apreciación que se haya hecho al respecto en la sentencia recurrida.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Cali, dictada en este juicio el veintiséis de junio de mil novecientos veintinueve, y absuelve a la parte demandada en cuanto al pago de la suma de ciento veinte pesos (\$ 120), incluida en el punto a) de la parte resolutive de esa sentencia, la que queda vigente en la siguiente forma:

1º Condenar, como en efecto condena, a los señores Francisco, Eugenio y Pompeyo Lores y a la señora Oc-

tavia Lores de Rieck o Ric, a pagar al señor Ricardo Peña Velasco las siguientes sumas:

a) Dos mil ochocientos cincuenta y cuatro pesos, de acuerdo con el dictamen pericial, como valor de los perjuicios sufridos por el señor Peña con motivo de la evicción sufrida en el contrato de compraventa a que se refiere la escritura número 530, de veintitrés de agosto de mil novecientos diez y siete.

b) El valor de los gastos que tuvo que hacer en el sostenimiento del litigio con el General Jaime Córdoba, justipreciado por peritos.

2° Los absuelve de los restantes cargos formulados en la demanda; y

3° Condena en costas a los demandados.

Sin costas en el presente recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre cuatro de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

De los documentos presentados con la demanda que dio ocasión al presente juicio, resulta lo siguiente:

a) Que el demandado Francisco Rodríguez fue bautizado en la parroquia de Nuestra Señora de Las Aguas, de esta ciudad, el veintinueve de diciembre de mil ochocientos ochenta y cinco, como hijo natural de Carmen Miranda, nacido el cuatro de octubre.

b) Que el ocho de septiembre de mil ochocientos ochenta y nueve, y en la misma parroquia, fue bautizada la demandante Paula Rodríguez, de tres meses, hija de Carmen Miranda.

c) Que el primero de octubre de mil ochocientos noventa, Carmen Miranda y Eladio Rodríguez, padres de los demandantes, contrajeron matrimonio, hallándose la primera en artículo mortis.

d) Que al pie de la partida de bautismo del demandante Francisco Rodríguez, aparece una nota que dice:

"Este niño quedó legitimado por subsiguiente matrimonio de los padres.

"Enero 25 de 1895.

"Dario Galindo, presbítero—Eladio Rodríguez"

e) Que asimismo, al pie de la partida de bautismo de la demandante Paula Rodríguez, aparece esta nota:

"Esta niña se legitimó por subsiguiente matrimonio entre Eladio Rodríguez y Carmen Miranda, contraído en la parroquia de Las Aguas, el uno de octubre de mil ochocientos noventa, y la reconoce.

"En fe de lo cual firmo.

"Carlos Torrente—Eladio Rodríguez—Carlos Cortés Lee."

En el escrito de demanda, que fue repartido al Juzgado 6° del Circuito de Bogotá, el diez y seis de marzo de mil novecientos veintiocho, los expresados demandantes dijeron al Juez: respetuosamente presentamos las par-

tidas de origen eclesiástico, con las cuales comprobamos los hechos siguientes:

"a) La partida de matrimonio que acredita el que contrajeron los señores Eladio Rodríguez y María del Carmen Miranda, nuestros finados padres.

"b) La partida de bautismo de José Francisco, quien figura allí como hijo natural de María del Carmen Miranda; pero se halla al pie de ella una anotación suscrita por el señor Cura párroco y por nuestro padre, que dice:

"Este niño quedó legitimado por subsiguiente matrimonio de sus padres.

"Enero 25 de 1895."

"c) La partida de bautismo de Paula, que aparece como hija natural de Carmen Miranda; la nota que se halla al pie de la partida está suscrita por el Cura párroco y por nuestro padre, y dice:

"Esta niña se legitimó por subsiguiente matrimonio de Eladio Rodríguez y Carmen Miranda, contraído en la parroquia de Las Aguas, el uno de octubre de mil ochocientos noventa, y la reconoce.

"Carlos Torrente—Eladio Rodríguez—Carlos Cortés Lee."

"Con estos documentos promovemos demanda para que, con citación y audiencia de nuestros hermanos Eladio Rodríguez, Ramón Nonato Rodríguez y Carmen Rodríguez, varones los dos primeros, mujer célibe ésta, y vecinos de esta ciudad, se hagan por sentencia las siguientes declaraciones:

"Primera. Tenemos el carácter de hijos legitimados por subsiguiente matrimonio de nuestros finados padres Eladio Rodríguez y Carmen Miranda, y, por lo tanto, somos hijos legítimos de dichos señores, de la misma manera que los demandados.

"Segunda. En la herencia de nuestros finados padres nos corresponde una porción igual a la de los hermanos a quienes demandamos; por consiguiente, tenemos derecho para intervenir en el juicio de sucesión de nuestra finada madre, que se sigue actualmente en el Juzgado 4° de este Circuito, y a que se nos entregue lo que nos corresponde por herencia paterna, según el inventario practicado en el juicio de sucesión del señor Eladio Rodríguez, protocolizado ya.

"La causa o razón de esta demanda es la siguiente: ha enseñado la Corte Suprema:

"El matrimonio posterior legitima *ipso jure* a los hijos habidos antes del matrimonio por los cónyuges, y reconocidos por el padre con las formalidades legales. En otros términos: para que esta legitimación se efectúe, no es preciso que la madre los haya reconocido por instrumento público entre vivos o por acto testamentario, pues respecto de ella tienen el carácter de hijos naturales por el hecho del nacimiento." (Casación, 6 octubre de 1910. XIX, 117, 1°).

"Según el artículo 368 del Código Civil, cuando el padre reconozca un hijo natural en el acto del nacimiento, bastará que firme el acta de registro respectiva, en prueba del reconocimiento. En el presente caso, nuestro padre firmó tales actas con el fin indicado, de modo que ese reconocimiento no admite duda.

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 238 del Código Civil, el matrimonio de nuestros padres nos legitimó, y quedamos con el carácter de hijos legítimos (artículo 236, Código Civil).

"En el juicio de sucesión de nuestra madre no se nos declaró herederos, por lo cual tuvimos que ocurrir a este medio. (Artículo 1255, Código Judicial).

"El derecho para promover esta demanda lo reconocen los artículos 368, 236, 238 y sus concordantes del Código Civil; 1255, 929 a 933. del Código Judicial, y 1º de la Ley 39 de 1921. Se apoya en los hechos siguientes:

"1º Somos hijos de los señores Eladio Rodríguez y Carmen Miranda.

"2º Nuestro padre firmó las notas puestas al pie de las actas de bautismo.

"3º Contrajeron matrimonio por los ritos de la Religión Católica.

"No tiene cuantía esta acción, por tratarse del estado civil nuestro."

La demandada Carmen Rodríguez contestó la demanda diciendo:

"Me opongo a que se hagan las declaraciones pedidas, porque de los documentos acompañados no se desprende el derecho para conseguir la declaratoria de hijos legitimados, pues los demandantes fueron nacidos y bautizados con mucha posterioridad al matrimonio que celebraron mis legítimos padres Eladio Rodríguez y Carmen Miranda; porque Eladio Rodríguez no los reconoció como hijos naturales habidos en Carmen Miranda, y por escritura pública, según el artículo 238 del Código Civil; y también porque sus padres no los legitimaron en el acta de matrimonio, de acuerdo con el artículo 239 de allí, ni tampoco por escritura pública, según el artículo 240.

"Para el efecto que pretenden los demandantes, las notas finales de sus partidas de bautismo, muy posteriores al bautizo en sí y al matrimonio de Eladio Rodríguez, no les dan el estado civil que reclaman, porque la ley no les reconoce valor, ni ese es de los medios que contempla el Código Civil para que la legitimación se obre ipso jure."

En cuanto a los hechos dijo:

"No puedo afirmar ni negar los hechos primero y segundo en que se apoyan los demandantes, y que probarán, y declaro que es cierto el tercero. Pido, pues, que en la sentencia se niegue lo pedido y se condene en costas a los actores."

El demandado Eladio Rodríguez se adhirió a esa contestación, "haciendo las mismas peticiones de negativa allí precisadas."

El otro demandado, Ramón Rodríguez, no dio contestación a la demanda; y el Juzgado 4º en lo Civil, al cual pasó el conocimiento del asunto, por estar conociendo él del juicio de sucesión de María del Carmen Miranda, madre de los demandantes y de los demandados, falló la controversia el veintiuno de marzo de mil novecientos veintinueve, con estas declaraciones:

"1º Que los demandantes José Francisco Rodríguez y Paula Rodríguez tienen la condición civil de hijos legitimados de Eladio Rodríguez y de Carmen Miranda.

"2º Que los expresados demandantes, cada uno, tienen derecho en la sucesión de sus padres Eladio Rodríguez y Carmen Miranda, a que se les adjudique una porción igual a la de cualquier otro hijo legítimo de éstos, siempre que la sucesión sea intestada.

3º Condénase al demandado Ramón Nonato Rodríguez a pagar en favor de los demandantes una multa de cincuenta pesos moneda corriente, por no haber contestado la demanda.

"4º Condénase en costas a la parte demandada."

El apoderado de Ramón Rodríguez apeló de ese fallo para ante el Tribunal Superior de Bogotá, el cual falló el recurso el veintitrés de julio de mil novecientos treinta, revocando la sentencia de primera instancia, y resolviendo que no es el caso de hacer las declaraciones pedidas en la demanda.

Contra esa sentencia interpusieron los demandantes el recurso de casación, que el Tribunal les concedió. Es admisible el recurso.

Alegan los recurrentes las causales primera y segunda de casación. En apoyo de ellas, el apoderado ante la Corte dice:

Causal segunda:

"Consiste ésta—manifiesta el personero de los recurrentes—en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes," y razona de este modo:

"La sentencia de primera instancia fue favorable a mis mandantes. Se declaró en ella:

"1º Que los demandantes José Francisco Rodríguez y Paula Rodríguez tienen la condición civil de hijos legitimados de Eladio Rodríguez y de Carmen Miranda.

"2º Que los demandantes, cada uno, tienen derecho en la sucesión de sus padres Eladio Rodríguez y Carmen Miranda, a que se les adjudique una porción igual a la de cualquier otro hijo legítimo de éstos, siempre que la sucesión sea intestada."

"Este fallo se notificó, y contra él interpuso apelación el apoderado de Ramón Nonato Rodríguez, el día seis de mayo de mil novecientos veintinueve. El veintiocho de diciembre de mil novecientos veintiocho falleció el poderdante del doctor Anzola Cásseres. Si aquél hubiera vivido, no habría interpuesto recurso de apelación, como lo hicieron Eladio y Carmen Rodríguez, demandados también.

"Se conformaron estos dos demandados con dicho fallo, que respecto a ellos quedó ejecutoriado.

"La litis contestación es el cuasicontrato que queda formado por la demanda y la contestación, que constituyen la base, de la cual no puede apartarse la sentencia. Si ésta es favorable al demandado, y apela el demandante, la litis continúa, de la misma manera que cuando apela el demandado; pero si son varios, y algunos se conforman con el fallo y no interponen contra él recurso de ninguna especie, es incuestionable que la litis contestación no se refiere ya a dichas personas sino únicamente a las que quieren continuar el litigio y lo sostienen ante el Tribunal.

"El artículo 835 del Código Judicial previene que la sentencia definitiva o con fuerza de definitiva debe recaer sobre la cosa, la cantidad o el hecho demandado, y nada más que sobre eso. Si dos de los hermanos consienten en que los demandantes lleven una porción igual a la que les corresponde a ellos en el juicio de sucesión de la señora Carmen Miranda, no hay motivo para oponerse a eso. Al fallar el Tribunal, como lo hizo, hay incongruencia entre la demanda, reducida al derecho del apelante, y la sentencia. Si creyó el juzgador que la sentencia debía ser favorable al apelante, no tenía por qué tocar para nada lo que hace relación con los que la consintieron y aceptaron implícitamente lo resuelto por el Juzgado.

"Aun en el supuesto de que no existiera la causal primera, debe reformarse la sentencia en el sentido de de-

clarar que el fallo favorece únicamente al apelante, pero no a los otros demandados, por no existir entre ellos vínculo de solidaridad de ninguna especie."

El cargo carece de fundamento, toda vez que lo pedido en la demanda es que con audiencia de Eladio, Ramón Nonato y Carmen Rodríguez, se declare que los demandantes tienen la calidad legal de legitimados, por subsecuente matrimonio de sus padres, y que, en consecuencia, en la herencia de éstos les corresponde a ellos una porción igual a la de los demandados. Y lo resuelto en la sentencia recurrida es que "no es el caso de hacer las declaraciones pedidas en la demanda," previa revocación de la sentencia de primer grado, que falló de acuérdo con las peticiones del libelo. Hay, pues, una perfecta congruencia entre lo pedido en la demanda y lo resuelto en la sentencia. Nada importa que dos de los demandados se hubieran conformado con lo resuelto en la primera instancia del juicio, si el otro demandado apeló de ese fallo, a fin de que se enmendara el agravio que a él le causaban las declaraciones allí consignadas; y el superior halló fundado el recurso, y, en consecuencia, resolvió que no es el caso de hacer las declaraciones impugnadas por el apelante. La revocación de la sentencia de primera instancia sólo la decretó el Tribunal, en atención a las razones que a su favor adujo el apelante. Ahora, como la demanda recae sobre cosa indivisible, la revocación de la sentencia condenatoria, decretada a virtud de apelación de uno de los demandados, aprovecha, necesariamente, a todos los otros, sin que ello implique exceso en el fallo, ni desacato al precepto contenido en el artículo 15 de la Ley 169 de 1896, ni menos aún al 835 del Código Judicial.

Por otra parte, la Corte ha declarado que "si el Tribunal, apartándose del recurso de apelación, falla sobre puntos ejecutoriados (que es lo que en este cargo sostiene el recurrente), entonces, al quebrantar la cosa juzgada o el derecho adquirido que de ella emana, no resuelve incongruentemente con la demanda, sino que viola la ley sustantiva, y eso cae bajo la primera, no bajo la segunda, de las causales de casación."

Causal primera.

1º Violación del artículo 368 del Código Civil, por errónea interpretación.

Ya se hizo notar, al comienzo de este fallo, que al pie de la partida de bautismo de Francisco Rodríguez, sentada en el libro correspondiente de la parroquia de Nuestra Señora de Las Aguas, de esta ciudad, el veintitrés de diciembre de mil ochocientos ochenta y cinco, y autorizada con la firma del párroco doctor Rafael M. Carrasquilla, aparece con fecha veinticinco de enero de mil ochocientos noventa y cinco, una nota que dice:

"Este niño quedó legitimado por subsecuente matrimonio de los padres."

Esa nota aparece firmada por el presbítero Dario Galindo y por Eladio Rodríguez, y el matrimonio de éste con Carmen Miranda, al cual se refiere la nota que se acaba de transcribir, se verificó, como ya se hizo notar, el primero de octubre de mil ochocientos noventa. Pretende el recurrente que la firma de Eladio Rodríguez puesta, no al pie de la referida partida de bautismo, sino en una nota que figura al pie de ella, diez años después, acredita el reconocimiento del bautizado Francisco por parte de Eladio Rodríguez, como hijo natural de éste, y, por ende, la legitimación del mismo Francisco por el mencionado matrimonio de sus padres. La misma tesis

sostiene con relación a Paula Rodríguez, cuya partida de bautismo fue extendida el ocho de septiembre de mil ochocientos ochenta y nueve, y al pie de ella aparece esta nota, firmada por Carlos Torrente, Eladio Rodríguez y Carlos Cortés Lee:

"Esta niña se legitimó por subsecuente matrimonio entre Eladio Rodríguez y Carmen Miranda, contraído en la parroquia de Las Aguas, el uno de octubre de mil ochocientos noventa, y la reconoce."

Aunque en esta nota no se dejó constancia de su fecha, es obvio que tuvo que ser puesta con posterioridad al primero de octubre de mil ochocientos noventa, fecha del matrimonio a que ella hace referencia, esto es, más de un año después de extendida la partida de bautismo de Paula Rodríguez.

Refiriéndose a esas dos notas puestas al pie de las respectivas partidas de bautismo aquí expresadas, dice el Tribunal:

"Según puede verse, la firma de Eladio Rodríguez no aparece en el acta o registro de nacimiento de José Francisco Rodríguez, sino en una anotación suscrita diez años más tarde, y relativa a la pretendida legitimación de éste por el subsecuente matrimonio de sus padres," y con relación a la otra dice:

"Esta última constancia fue escrita y firmada por Eladio Rodríguez ante el respectivo párroco con posterioridad al matrimonio de aquél con Maria del Carmen Miranda, y se refiere igualmente al hecho de que con el matrimonio quedó legitimada Paula Rodríguez. No puede, por tanto, sostenerse que Eladio Rodríguez firmó el acta de nacimiento de Paula Rodríguez en prueba de su reconocimiento como hija natural, puesto que tal cosa no es la que aparece en los documentos al efecto."

A esto arguye el recurrente que "conforme a lo dispuesto en el artículo 368 del Código Civil, Francisco y Paula Rodríguez fueron reconocidos como hijos naturales de Eladio Rodríguez"; que "violó ese artículo el Tribunal cuando no lo aplicó al caso del pleito," ya que según lo establece ese artículo, "bastará que firme el acta de registro respectiva en prueba del reconocimiento."

En apoyo de este cargo, transcribe el recurrente algunos párrafos de la obra de Baudry-Lacantinerie, *Precis de Droit Civil*; de la de Sanojo, *Las Instituciones de Derecho Civil venezolano*; de Escriche, *Diccionario de Legislación*, y del doctor Carlos E. Casanova, en su estudio inserto en el libro titulado *El Código Civil ante la Universidad*; pero como el Tribunal no ha dicho que el acta de registro de nacimiento de un hijo natural, firmada por el padre de éste, no es prueba de su reconocimiento, sino que la firma de Eladio Rodríguez no aparece en las partidas de bautismo de los demandantes, sino en unas notas puestas al pie de ellas, la acusación es improcedente por violación directa del artículo 368 del Código Civil; pues si el recurrente opina lo contrario, debió formular su acusación por error de hecho en la apreciación de esos documentos.

2º También se le atribuye al Tribunal mala apreciación de la prueba, que resulta de las partidas a que se refiere el cargo que precede, y para sustentar este cargo, arguye así el recurrente:

"Incorre el Tribunal en error de derecho al pretender, como lo hace, que la firma de Eladio Rodríguez que se

halla en las partidas de bautismo de Francisco y de Paula Rodríguez, sólo se refiere al matrimonio de dicho señor con Carmen Miranda, o, como dice la sentencia, 'a la pretendida legitimación de éste por el subsecuente matrimonio de sus padres.' Más claramente aparece el error en este concepto de la sentencia, que copio textualmente: 'y se refiere igualmente al hecho de que con este matrimonio quedó legitimada Paula Rodríguez. No puede, por tanto, sostenerse que Eladio Rodríguez firmó el acta de nacimiento de Paula en prueba de su reconocimiento como hija natural, puesto que tal cosa no es lo que aparece en los documentos presentados al efecto.'

"Aparece de manifiesto el error de derecho desde el momento en que se leen las notas a que me he referido. Sabido es que la legislación canónica es distinta de la civil; en aquélla, el simple hecho del matrimonio católico legitima los hijos habidos antes de su celebración, sin que haya necesidad de hacerlo constar así. Si los señores Curas párrocos de Las Aguas y de Santa Bárbara escribieron esas notas al pie de dichas partidas, fue en prueba del reconocimiento de ese hecho por Eladio Rodríguez, que de esa manera hace la declaración voluntaria, de que tanto Francisco como Paula son sus hijos."

Copia un párrafo de una sentencia de la Corte, que no viene al caso, puesto que aquí no se trata de vaguedad, laconismo o impropiedad de los términos usados por el sacerdote en las partidas de bautismo, sino de que las notas puestas al pie de éstas no hacen parte integrante de ellas, y concluye así:

"Creo que necesariamente hay que variar la apreciación de esa prueba hecha por el Tribunal, ya que el error de derecho aparece de manifiesto, una vez que el señor Eladio Rodríguez reconoció a Francisco y a Paula como sus hijos naturales, en una de las formas que establece la ley. (Artículo 368 del Código Civil)."

Como se ve, todos los argumentos aducidos en apoyo de este cargo tienen por fundamento el hecho categóricamente afirmado por el recurrente, de que la firma de Eladio Rodríguez "se halla en las partidas de bautismo de Francisco y Paula Rodríguez," y que "la firma de dicho señor—recalca—aparece en dichas partidas." Es de ahí de donde se deduce que el expresado Eladio reconoció a Francisco y a Paula como sus hijos naturales en una de las formas que establece la ley (artículo 368 del Código Civil), y que al no apreciarlo así el Tribunal, incurrió en error de derecho. Pero como esos conceptos del Tribunal no obedecen a que él desconozca que la firma del padre puesta en el acta de registro de nacimiento de un hijo natural es prueba del reconocimiento, sino porque para él, la firma de Eladio Rodríguez no aparece en las actas o registros de nacimiento de Francisco y Paula Rodríguez, sino en unas anotaciones suscritas con posterioridad a esos registros, y que, por tanto, no puede sostenerse que Eladio Rodríguez firmó las referidas actas de registro en prueba de reconocimiento de los demandantes como sus hijos naturales, puesto que tal cosa no es lo que aparece de los documentos presentados al efecto, claramente se ve que, en el fondo, todo se reduce a una cuestión de hecho, toda vez que los conceptos jurídicos del Tribunal que el recurrente acusa de erróneos, no son más que la obligada consecuencia de la manera como aprecia los hechos de que se ha hablado. Por consiguiente, el cargo debió formularse por error de hecho en la apreciación de las pruebas de las anotaciones que aparecen hechas por el Cura de la parroquia de Las Aguas y por el de la de Santa Bárbara.

Conviene hacer notar que el hecho de que los referidos sacerdotes párrocos pusieran esas notas al pie de las partidas de bautismo de los demandantes, tiene clara explicación, por cuanto en Derecho Canónico el matrimonio de los padres legitima a los hijos comunes que no han sido concebidos en adulterio, sin necesidad de otra formalidad, y es obligación del párroco respectivo anotar ese hecho al pie de las correspondientes partidas de nacimiento.

3º Violación de los artículos 1º de la Ley 95 de 1890 y 238 del Código Civil.

Como motivo de este cargo señala el recurrente los siguientes conceptos del Tribunal:

"Habiendo nacido los dos demandantes con anterioridad al matrimonio de Eladio Rodríguez y María del Carmen Miranda, y no apareciendo que hayan sido reconocidos antes como hijos naturales de ambos, con los requisitos legales, no puede sostenerse que por dicho matrimonio se haya verificado la legitimación *ipso jure*, invocada a su favor por José Francisco y Paula Rodríguez."

Afirma el recurrente que en este párrafo de la sentencia violó el Tribunal las disposiciones aquí citadas, y funda esta acusación en que, según él, "conceptúa el Tribunal, y así lo dice claramente, que el reconocimiento de los hijos naturales debe hacerse por ambos padres, y se desprende del concepto transcrito, que ese reconocimiento debe ser hecho en un solo acto, cuando dice 'hijos naturales de ambos.'"

Para rechazar este cargo basta observar que no es exacto que el Tribunal haya fundado su concepto en el hecho de que Francisco y Paula Rodríguez no fueron reconocidos como hijos naturales "por ambos padres," esto es, por un acto del padre y la madre, antes del matrimonio, como lo dice el recurrente, sino que no aparece que los demandantes hubieran adquirido, antes del matrimonio de Eladio Rodríguez con Carmen Miranda, la calidad civil de hijos naturales de ambos, o, lo que es lo mismo, con relación a cada uno de ellos, toda vez que si bien es cierto que las partidas de bautismo que obran en el expediente, en las cuales figuran como hijos de la Miranda, acreditan dicha calidad con respecto a ésta, no existe ningún documento que demuestre lo mismo con respecto al contrayente Rodríguez, ya que el reconocimiento por parte de éste tenía que haber sido hecho expresamente por escritura pública o por acto testamentario, o autorizando él con su firma el acta de nacimiento en que él figurara como padre del recién nacido, de acuerdo con lo que establecen los artículos 351, 353 y 368 del Código Civil. Es ésta la única interpretación que rectamente puede dársele al párrafo de la sentencia a que este cargo se refiere, en relación con todas las otras consideraciones que motivan el fallo recurrido, fundadas en los elementos probatorios que obran en el proceso.

4º Acúsase la sentencia por "violación del artículo 238 del Código Civil por otra causa, o sea porque se le ha dado una interpretación distinta de la de su letra y su espíritu," al decir en ella al Tribunal que "disponiendo la ley que el matrimonio de los padres, posterior al nacimiento de los hijos, legitima también, *ipso jure*, a los que uno y otro hayan reconocido como hijos naturales de ambos, es indispensable que este reconocimiento haya tenido lugar antes del matrimonio, en alguna de sus formas legales, para que se produzca el fenómeno jurídico de la legitimación *ipso jure*," pues en concepto

del recurrente, "no es necesario que el reconocimiento haya tenido lugar antes del matrimonio, para que la legitimación se efectúe," y cita en su apoyo la jurisprudencia sentada por la Corte en su sentencia de treinta y uno de mayo de mil novecientos trece, según la cual, si al abrirse el testamento cerrado de un individuo resulta que en él se halla reconocido como hijo del testador uno que lo es también de la mujer con quien éste contrajo matrimonio después de ese acto testamentario, tal reconocimiento vale desde la fecha del testamento, para los efectos del artículo 238 del Código Civil, sin que valga contra ello la objeción de que las disposiciones del testamento sólo tienen efecto después de la muerte del testador. Pero, como se ve, esa jurisprudencia de la Corte en nada favorece la tesis del recurrente, condenada por los mismos términos en que está concebido el artículo que él interpreta, en sentido contrario al en que lo aprecia el Tribunal.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintitrés de julio de mil novecientos treinta.

Con costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez de diciembre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Vistos:

Ante el Juez 1º del Circuito de Santa Rosa, Jesús M. Martínez instauró contra Frank A. Anderson juicio ordinario para que, en sentencia definitiva, se hiciesen las siguientes declaraciones:

"1º Que como dueño que soy de la cuota de trece y media acciones de a veinticuatroava parte cada una en la mina de oro de aluvión denominada **Cortada de Barbero** o **Labor de Barbero**, ubicada en el Distrito de Gómez Plata, por los linderos que se determinan en el hecho fundamental número 1º de este libelo, el demandado, como actual poseedor que es, me restituya dicha cuota proindiviso de trece y media acciones, dentro del plazo de seis días.

"2º Que asimismo el señor Anderson, demandado, como poseedor de mala fe, está obligado a restituirme, dentro del mismo plazo de seis días, todos los frutos naturales y civiles correspondientes a mi cuota proindiviso, o sea a mis trece y media acciones del mineral materia de este juicio, esto desde que empezó a poseer; y no solamente los percibidos, sino los que yo hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en mi poder.

"Que si no existieren tales frutos, me debe el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción, estimados por medio de peritos en este mismo juicio.

"3º Que es responsable el demandado de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cuota que vengo a reivindicar, responsabilidad cuya cuantía o monto se determinará mediante peritos en este juicio; y

"4º Que debe pagar las costas del juicio, si diere lugar a que se siga."

Por sentencia de veintitrés de abril de mil novecientos veintiocho, el Juez decidió la controversia en estos términos:

"1º Son infundadas las excepciones propuestas por el demandado señor Frank A. Anderson.

"2º El señor Jesús María Martínez es dueño de una cuota parte equivalente a trece y media acciones de veinticuatroava sobre la mina de oro de aluvión denominada **Cortada de Barbero** o **Labor de Barbero**, ubicada en el Distrito de Gómez Plata, y encerrada por estos linderos:

'De la desembocadura del amagamiento de **Barbero**, en el río Porce; éste, abajo, comprendiendo el cauce del río, hasta el alto de **Flórez**, formando un cuadrado con la latitud, que es de un kilómetro, en línea paralela al cauce del río.'

"Por consiguiente, dicho demandado señor Frank A. Anderson, actual poseedor de esas trece y media acciones o derechos, está en la obligación de restituirlas a su dueño, dentro del plazo de seis días, contados desde la ejecutoria de este fallo.

"3º El mismo demandado señor Anderson debe restituir al ya expresado señor Martínez, dentro del plazo que acaba de indicarse, los frutos naturales y civiles correspondientes a dichos derechos o acciones, desde que comenzó a poseerlos, y no solamente los percibidos, sino también los que el mismo dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo tales acciones en su poder. Empero, si esos frutos no existieren ya, deberá el valor que tenían o hayan tenido al tiempo de la percepción, según la estimación que de ellos se haga en un juicio sumario.

"4º El mismo señor Anderson será, además, responsable al demandante de los deterioros que por hecho o culpa suya hayan sufrido los minerales de **Labor de Barbero** o **Cortada de Barbero**, en proporción al derecho de las trece y media acciones precitadas, y cuya cuantía habrá de ser también determinada en juicio sumario; y

"5º No se hace especial condenación en costas."

Por apelación del demandado, el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia fechada el veintiocho de abril de mil novecientos treinta y uno, revocó la providencia apelada, y declaró justificadas las excepciones de petición antes de tiempo y de modo indebido.

El demandante Jesús M. Martínez interpuso casación. El negocio fue recibido en la Corte el veinticuatro de septiembre del corriente año, sin papel sellado para la actuación, razón por la cual no pudo ser repartido sino el día cinco del presente mes, en papel común, previo informe que al respecto rindió la Secretaría. A esta fecha ya estaban vencidos los sesenta días útiles a que se refiere el inciso 2º del artículo 122 de la Ley 105 de 1890.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara desierto

el recurso interpuesto y ejecutoriada la sentencia del Tribunal, materia de la casación.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre once de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

En memorial repartido al Juez 3º del Circuito de Tulúa, el dos de abril de mil novecientos veintiuno, el señor Benjamín Rentería dijo:

“En nombre y representación de los señores Ricardo Echeverri, Carlos Echeverri, Elvira y Teresa Echeverri Cortés, de doña Emma Cortés viuda de Echeverri y de sus menores hijos Luis, Emma y Enrique Echeverri Cortés, vecinos todos del Municipio de Bogotá, propongo ante usted y contra la Sociedad o Empresa de Burila, demanda especial de deslinde y amojonamiento de la hacienda llamada *El Medio*, de la cual forma parte el lote de terreno, constante de 1.893 hectáreas y 7.820 metros cuadrados, señalado con el número 3, y adjudicado a los señores Echeverris en el juicio de división del terreno de *Paila Arriba*, deslinde y amojonamiento que debe hacerse con los terrenos denominados *Burila*, de propiedad de la Compañía o sociedad anónima llamada *Empresa de Burila*; pues que la hacienda dicha con el lote expresado limita por el Oriente con los terrenos de *Burila*, para que usted se sirva trazar y determinar por mojones permanentes la línea divisoria respectiva, o sea la oriental de la referida hacienda; y como he dicho, dirijo la demanda contra la Sociedad o Empresa de *Burila*, representada por su Gerente, que lo es el señor doctor Daniel Gutiérrez y Arango, vecino de Manizales, para que, con intervención y audiencia de dicha Sociedad, se trace y determine la línea separatoria de ambos predios.”

Notificado el doctor Daniel Gutiérrez y Arango por conducto del Juzgado 2º del Circuito de Manizales, en su carácter de Gerente de la Sociedad o Empresa de *Burila*, confirió poder especial al doctor Agustín Padilla Patiño para que representara a la expresada entidad en el juicio de deslinde promovido por el señor Rentería; y corrido el traslado de la demanda a dicho apoderado, éste lo contestó así:

“Acepto dicha demanda, y oportunamente designaré el perito que me corresponde,” y al final agregó:

“Me reservo el derecho de presentar los títulos de la parte que represento en el acto de la diligencia, por no tenerlos aquí, de modo que convengo en que se haga el deslinde, pero con sujeción a los títulos que en dicha diligencia presentaré.”

Practicóse la diligencia de deslinde el doce de febrero de mil novecientos veintitrés, y corrido el traslado de ella al apoderado del Gerente de la Sociedad de *Burila*, éste lo contestó oportunamente, en escrito de doce de mayo siguiente, contradiciendo la demanda misma de

deslinde, y, subsidiariamente, oponiéndose al deslinde practicado, en los siguientes términos:

“Dándome por notificado del auto en que se manda correr traslado del deslinde practicado por usted, en mi carácter de apoderado judicial de la Compañía anónima domiciliada en Manizales, que gira con la razón o firma social de *Sociedad Burila*, además de la oposición que hice al deslinde practicado por usted para fijar el límite oriental de la hacienda de *La Paila* o *El Medio*, de propiedad de los señores Echeverris, propongo también formal demanda de oposición a la demanda misma de deslinde de la mencionada hacienda, iniciada por el señor Ricardo Echeverri y herederos del señor Gabriel Echeverri.

“El artículo 272 de la Ley 105 de 1890 previene que se puede contradecir no solamente el deslinde practicado sino la misma demanda de deslinde, y que el punto se ventilará en que el contradictor (sic) se considerará como demandante.

“Para proceder con método he objetado, en primer lugar, la demanda, que es la base del juicio, y en segundo lugar, subsidiaria y condicionalmente, como lo permiten los artículos 272 de la Ley 105 de 1890 y 270 del Código Judicial, el deslinde ya practicado.

“Separadamente paso a exponer los fundamentos de la demanda principal y de la demanda subsidiaria:

“Demanda principal—Objeción a la demanda de deslinde de los señores Echeverris.

“La acción de servidumbre es una servidumbre legal (artículo 900 del Código Civil), que afecta los predios colindantes cuando hay confusión u oscuridad en los linderos que los dividen. De esta definición se derivan las tres condiciones esenciales constitutivas de estas servidumbres, a saber:

“1º Que los dos fundos pertenezcan a propietarios diferentes.

“2º Que los dos fundos sean contiguos o colindantes.

“3º Que se demande al propietario o usufructuario del predio colindante.

“En el caso presente, si bien es cierto que se trata de dos fundos distintos, y de que esos dos fundos están contiguos o colindantes, también es verdad que en la actualidad la Sociedad *Burila* no es dueña de los predios que colindan con la hacienda de *El Medio*. Los señores Echeverris, demandantes, no han cumplido con el requisito legal, que es el de abecé, cuestión elemental en estos juicios de deslindes, de demandar a los propietarios o usufructuarios de los predios colindantes.

“El hecho fundamental, cardinal, de esta oposición, es el siguiente:

“La Sociedad *Burila* en la actualidad no es propietaria ni usufructuaria de los predios colindantes con la hacienda de *El Medio*. No es ni dueña ni usufructuaria del terreno colindante, por la sencilla razón de que hace muchos años vendió los lotes que quedan sobre la línea divisoria de esas dos heredades. Tan inepta es hoy la demanda contra la Sociedad *Burila*, como lo habría sido si se dirige contra el doctor Lisandro Caicedo, anterior dueño del territorio conocido con el nombre de *Burila*.

“La Sociedad *Burila* fue dueña, pero hoy no lo es, de los lotes que en la actualidad tienen colindancia con la hacienda de *El Medio*.

"A primera vista puede parecer extraña a una demanda de objeciones encaminadas a atacar la demanda de deslinde, una vez practicado éste. Con todo, así lo ha establecido el artículo 272 de la Ley 105 de 1890.

"Sobre este particular, veamos lo que ha establecido de una manera uniforme y constante la Corte Suprema de Justicia:

"La acción de deslinde establecida por el artículo 900 del Código Civil y 1304 del Código Judicial, se concede al propietario o usufructuario de una finca raíz para que se fijen los límites que las separan de los predios colindantes; de modo que para que haya lugar al ejercicio de esta acción, es indispensable que el que la promueva sea dueño o usufructuario del predio colindante.

"Si una de estas condiciones o ambas faltan, es decir, si el que promueve el juicio no es dueño de la heredad, o si aquél contra quien se dirige la demanda no es dueño de la heredad colindante, la acción es ineficaz, por no reunir las condiciones que la ley requiere." (Véase *Jurisprudencia de la Corte*. Garavito, edición de 1915, número 1237).

"En los juicios especiales de deslinde no constituye excepción dilatoria la que se funda en circunstancias que priven de acción al demandante, como no tener la posesión del predio de que se dice dueño, o no colindar su heredad con los predios de los demandados; tales puntos, que atañen al fondo mismo del derecho de las partes, no pueden ser objeto de excepciones de aquella clase; y la oportunidad de decidir las es al verificarse la diligencia previa de deslinde, **que nada decide en firme**, puesto que a las partes queda expedita la vía ordinaria para reclamar los derechos que puedan tener." (Obra citada, número 1233).

"La oposición a la diligencia sumaria de deslinde da lugar a un juicio ordinario, en el cual se va a decidir por sentencia definitiva..... si ha habido o no lugar a la acción de deslinde, pues puede suceder que los predios no sean colindantes." (Obra citada, número 2115).

"Demanda subsidiaria—Oposición al deslinde practicado por el Juzgado.

"Los fundamentos de esta demanda están consignados ya en memorial que presenté a ese Despacho, y que pido se tenga por reproducido en este escrito.

"Ese deslinde no ha sido practicado conforme a la escritura de compromiso, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Cali el veintiuno de abril de mil ochocientos ochenta y cuatro, bajo el número 102. El sentido de esa escritura fue fijar como lindero occidental de *Burila* y oriental de las tierras bajas de la antigua hacienda de *La Paila* la **cuchilla de la Cabrera**. Al final de esa escritura se consigna lo siguiente, que es de grandísima importancia:

"Como se ha fijado por cálculo aproximado en un miriámetro (10,000 metros) la distancia del punto en donde mejor se determina la cuchilla de la *Cabrera* al camino público que va por la falda de Cali a Cartago; si después de esto, alguno de los interesados tuviere duda y quisiera practicar esta medida, la diferencia que resulte será pagada **por quienes corresponda**, con bonos de tierras baldías o dinero a su precio corriente."

"Esto significa que el lindero entre la hacienda de *El Medio* con las tierras de *Burila* no es propiamente el miriámetro de que se ha hablado, sino la cuchilla de la

Cabrera. Y de acuerdo con esto, se estipuló que si algún día se practicaba esa medida, y la hacienda de *El Medio*, medido el miriámetro, se prolongaba más hacia el Oriente, los dueños de *Burila* debían pagarle el terreno comprendido entre la cuchilla de la *Cabrera* y la tierra excedente para completar el miriámetro; pues el lindero fijo, invariable, inamovible, es la cuchilla nombrada. Esto significa, asimismo que, hecha la medida del miriámetro, la hacienda de *El Medio* no llegare a la cuchilla de la *Cabrera*, los dueños de la expresada hacienda de *El Medio* deben pagarle a los dueños de *Burila* la faja de terreno que quede comprendida entre la medida del miriámetro y la cuchilla de la *Cabrera*, pues esta cuchilla es el lindero invariable entre los dos predios.

"La medida del miriámetro tiene importancia muy distinta de la que han querido darle los señores Echeverris. Esa medida sólo sirve para saber a ciencia cierta, sin equivocación, quién debe pagarle a quién.

"Si después de esto—dice la escritura citada—alguno de los interesados tuviere duda y quisiera practicar esta medida, la diferencia que resulte será pagada por y a quienes corresponda, en bonos de tierras baldías."

"Pero como aquí no se está practicando la medida del miriámetro, pues los señores Echeverris no han iniciado este proceso para que a ellos se les pague la diferencia de tierras, la medida del miriámetro resulta exótica, inexplicable.

"Aquí de lo que se trata es del deslinde entre *Burila* y *El Medio*, es decir, de señalar la línea de separación entre estas dos heredades. Y esa línea de separación, lo hemos visto con los títulos en la mano, no es otra cosa que la cuchilla de la *Cabrera*.

"La escritura número 102 que he citado, está en un todo de acuerdo con los títulos antiguos de *Burila* y con las antiguas escrituras de la hacienda de *El Medio*."

La parte de los señores Echeverris, en contestación a ese escrito de oposición, dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

"A la foja 75 de estos autos se lee la contestación que el doctor Agustín Padilla Patiño, como apoderado del doctor Daniel Gutiérrez Arango, a título éste de Presidente de la Sociedad de *Burila*, dio a la demanda que yo establecí contra dicha entidad. Claramente dice él que la acepta, o sea en que si conviene en que el predio de *El Medio* colinda por el Oriente con el de *Burila*. Pero al conferirse traslado de la diligencia de deslinde, practicada con intervención de dicho personero, confirma su dictamen de que si colindan los dos predios, pero que en la actualidad la Sociedad *Burila* no es dueña de los lotes que parten linderos con la hacienda de *El Medio*, y que los señores Echeverris han debido demandar a los propietarios o usufructuarios hoy de *Burila*, lo que no han hecho.

"De aquí deduce a la postre que la demanda es inepta, excepción que el doctor Padilla debió oponer antes de contestar la demanda, para que el Juez le hubiese dado el trámite que determinan los artículos 1308 y 1309 en relación con el 463 del Código Judicial.

"Claramente dije en la demanda de treinta y uno de marzo de mil novecientos veintiuno, sobre deslinde de la parte oriental de la hacienda de *El Medio*, que esta acción la dirigía contra la Sociedad o Empresa de *Burila*, representada por su Gerente, doctor Daniel Gutiérrez y Arango, vecino de Manizales, para que, con cita-

ción y audiencia de dicha Sociedad, se trazase y determinase la línea que separa ambos predios (hoja 66 vuelta).

"Como se ve, hay contradicción entre una pieza y otra. Si no colindaban los terrenos de la Sociedad de Burila por la parte occidental con la hacienda de El Medio, en atención a que esa entidad ya había vendido los lotes adyacentes a ésta, el deber del doctor Padilla era oponer entonces la excepción de inepta demanda, en vez de contestarla afirmativamente, para evitar una litis costosa y baldía, si llegaba a esa conclusión. Procedimiento que tengo que impugnar, pues que revela poca o ninguna seriedad en quien así compromete los intereses de la parte. El doctor Padilla nombró perito, asistió a la diligencia de deslinde, convino o aceptó ésta en parte, y sólo desistió en lo que concierne al paso del Garcero, como punto por donde iba el camino que conduce de Cali a Cartago.

"No está por demás observar—dice al final—que el apoderado de la parte demandada, a la vez que opone la excepción dilatoria de inepta demanda, combate en parte la resolución de usted y en parte la acepta, en lo que no hay unidad de plan; pues si la demanda es inepta, cualquiera argumentación que él haga, tendiente a combatir o a aprobar el deslinde, es ociosa.

"En los términos dichos dejo contestado el traslado, y espero que usted, a su debido tiempo, apruebe o confirme en su sentencia definitiva lo resuelto en el juicio sumario."

El veinte de octubre de mil novecientos veinticinco se profirió la sentencia de primera instancia, en la cual "el Juzgado 1° del Circuito de Tuluá....., declara:

"1° Improcedente, porque es extemporánea la oposición a la demanda de deslinde pedido por los señores Echeverri, de la hacienda de El Medio, oposición contenida en la demanda principal.

"2° El lindero o límite oriental de los terrenos de la hacienda de El Medio, en parte que coincide con los de la Empresa de Burila, es una línea que pasa al Oriente, de Sur a Norte, por el punto en donde mejor se determina la cuchilla de la Cabrera."

Ambas partes apelaron de esa sentencia, y el Tribunal Superior de Buga profirió la de segunda instancia el veinte de septiembre de mil novecientos veintisiete, que termina así:

"El Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia en el segundo punto de la parte resolutive, y en su lugar declara que el lindero oriental del terreno de la hacienda de El Medio es la línea recta imaginaria que une los mojones del Pital y La Miranda. En lo demás, se confirma la sentencia.

"No hay costas en la segunda instancia."

La parte opositora interpuso el recurso de casación, que la Corte admite y procede a examinarlo, para dictar el fallo correspondiente.

"Alego como causal de casación—dice el recurrente—la de ser la sentencia recurrida violatoria de la ley sustantiva, por los siguientes motivos:

"1° Dice el Tribunal que el opositor al deslinde practicado en el juicio especial de deslinde, objetó la demanda de deslinde, tachándola de inepta, por no colindar los predios de la Sociedad Burila y de los señores Echeverri. Observa luego el mismo Tribunal que el representante en el juicio de la Sociedad de Burila aceptó de

modo expreso, y sin reparos, la demanda de deslinde, y que por esta circunstancia, y también por considerarlo fundado en los títulos presentados, admite el Tribunal el que pueda llegarse a la conclusión de que sí existe tal colindancia.

"Pero, continúa el Tribunal, la oposición alega lo contrario, después de haber actuado en todas las diligencias del juicio especial, y para probar su aserto, trae al ordinario los documentos, conforme a los cuales fueron enajenadas varias porciones de tierra de la expresada Sociedad. También se recibieron en la segunda instancia varias declaraciones referentes a la misma objeción.

"A pesar, continúa diciendo el Tribunal, de estas probanzas, no se puede deducir que es inepta la demanda de deslinde, porque comprobada la calidad de dueños de los señores Echeverri sobre la hacienda de El Medio, condición ésta que requiere el artículo 1304 del Código Judicial, en armonía con el 900 del Código Civil, no se ha demostrado que las porciones de tierra enajenadas, conforme a las escrituras números 783, 47, 64 y 423, citadas en otra parte de esta sentencia, no fueran parte de los terrenos de la Sociedad de Burila, ni que la persona o entidad a cuyo nombre se propone la excepción de inepta demanda, hubiera perdido por cualquier modo su calidad de dueño o usufructuario del resto del terreno colindante."

"Como razón adicional a las que se acaban de transcribir, trae el Tribunal la de ser extemporánea la excepción de inepta demanda (razón adicional, de que se hablará más adelante), y concluye así:

"No es, pues, inepta la demanda de deslinde instaurada a nombre de los señores Echeverri, y así debe reconocerse como confirmación del fallo de primera instancia."

"Ahora bien: las probanzas de que habla el Tribunal, presentadas por el opositor, demuestran precisamente que las porciones de tierra enajenadas eran parte de los terrenos de la Sociedad Burila, pero justamente, por esta misma circunstancia, agregada a la que, según las propias probanzas de que habla el Tribunal, tales lotes enajenados están enclavados entre Burila y El Medio, en toda la extensión de la antigua colindancia, ha debido demandarse a los nuevos propietarios y nó a la Sociedad de Burila, que no es ya colindante. Es claro, por lo demás, que esas enajenaciones no hicieron perder a la Sociedad de Burila su calidad de dueño o usufructuario del resto del terreno, pero sí le hicieron perder a dicha Sociedad el carácter de colindante de la hacienda de El Medio.

"De consiguiente, el Tribunal violó el artículo 900 del Código Civil, aplicable al caso del pleito, al sentar que puede tener lugar el deslinde entre dueños de predios que fueron antes colindantes y hoy no lo son, con prescindencia, además, de los actuales colindantes, y al sentar también que puede tener lugar el deslinde con prescindencia también de los colindantes, entre los dueños de predios simplemente cercanos o vecinos, es decir, no colindantes.

"La violación del artículo 900 del Código Civil trae como consecuencia la violación del artículo 272 de la Ley 105 de 1890, que indudablemente tiene carácter sustantivo, puesto que si hubiera sido debidamente aplicado el referido artículo 900, se habría reconocido en la sentencia que, de acuerdo con el artículo 272 mencio-

nado, el opositor tenía derecho para atacar en el juicio ordinario la demanda misma de deslinde.

"2° Además, dice el Tribunal, la excepción de inepta demanda es extemporánea, o como lo anota el señor Juez en su fallo: exótica, porque la autorización que les reconoce el artículo 1308 del Código Judicial a los demandados para proponer excepciones dilatorias no autoriza alegarlas en el juicio ordinario, en el cual el opositor no es demandado, sino en el especial, en el acto del traslado que, por el hecho de proponerlas, entonces degenera en juicio controvertido. Y es ésta la interpretación que, conforme a la disposición del artículo 1308 que acaba de citarse, cabe darle al artículo 272 de la Ley 105 de 1890."

"La violación en este segundo caso del artículo 900 del Código Civil, se origina de error evidente de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, como lo demostraré en seguida.

"Sostiene, en efecto, el Tribunal, que el opositor propuso en su escrito de oposición la excepción dilatoria de inepta demanda. Y ello no es cierto. El opositor citó expresamente el artículo 272 de la Ley 105 de 1890, como fundamento de su oposición, y esta disposición consagra el derecho al ejercicio de un recurso contra la demanda misma de deslinde, fundada en el presente caso en la carencia de acción del demandante, en el juicio especial, contra el demandado, por no ser colindantes los fundos respectivos. Y esta oposición aparece basada evidentemente en una cuestión de fondo y no en simples razones de carácter dilatorio.

"Por otra parte, como ya se dijo, el opositor no propuso la excepción dilatoria de inepta demanda. Incidentalmente, en el curso de su razonamiento, dijo, para recalcar sobre lo desacertado de la demanda de deslinde, así:

"Tan inepta es hoy la demanda contra la Sociedad de Burila, como lo habría sido si se dirige contra el doctor Lisandro Caicedo, anterior dueño del territorio conocido con el nombre de Burila....."

"Como manifiestamente aparece del escrito respectivo, la palabra *inepta* en este caso es un calificativo equivalente a desacertada, injustificada e improcedente, calificativo que se le da a la demanda de deslinde. Mas no aparece en tal escrito opuesta la excepción dilatoria de inepta demanda, sino una oposición a la demanda misma de deslinde, apoyada en el artículo 900 del Código Civil, y en el ya citado 272 de la Ley 105 de 1890.

"El error mencionado condujo al Tribunal a violar en primer término el artículo 272 de la Ley 105 de 1890, que se acaba de citar, aplicable al caso del pleito, al no haber sido admitida una oposición fundada en tal artículo, por haberla confundido el Tribunal con una simple excepción dilatoria presentada fuera de tiempo, y lo condujo también a violar el artículo 900 del Código Civil, que consagra el derecho a la acción de deslinde, pero sólo entre colindantes."

Se considera:

Ya se vio que el opositor alegó como fundamento de su demanda dos hechos, perfectamente separados, el uno como principal y el otro como subsidiario, para suplir el principal caso de que éste se declarara no probado.

"Para proceder con método—dijo en su libelo—he objetado en primer lugar la demanda, que es la base del juicio, y en segundo lugar, subsidiaria y condicionalmen-

te, como lo permiten los artículos 272 de la Ley 105 de 1890 y 270 del Código Judicial, el deslinde ya practicado."

En el capítulo referente a la demanda principal, dijo:

"El hecho fundamental, cardinal de esta oposición, es el siguiente: la Sociedad Burila, en la actualidad, no es propietaria ni usufructuaria de los predios colindantes con la hacienda de El Medio. No es ni dueña ni usufructuaria del terreno colindante, por la sencilla razón de que hace muchos años vendió los lotes que quedan sobre la línea divisoria de esas heredades. Tan inepta es hoy la demanda contra la Sociedad Burila, como lo hubiera sido si se dirige contra el doctor Lisandro Caicedo, anterior dueño del territorio conocido con el nombre de Burila. La Sociedad Burila fue dueña, pero hoy no lo es, de los lotes que en la actualidad tienen colindancia con la hacienda de El Medio."

De todo esto resulta de modo evidente que el representante de la Sociedad Burila, en el capítulo de su escrito de oposición que lleva este epígrafe: "**Demanda principal. Oposición a la demanda de deslinde de los señores Echeverri,**" lo que hizo fue contradecir la demanda misma de deslinde, para que esa contradicción se ventilara en juicio ordinario, como lo establece el artículo 272 de la Ley 105 de 1890, y es, por tanto, evidentemente erróneo el concepto del Tribunal, que aprecia en esa contradicción una simple excepción dilatoria de inepta demanda, y como tal apreciación lo condujo a la confirmación del fallo de primera instancia, que "declara improcedente, porque es extemporánea, la oposición a la demanda de deslinde pedido por los señores Echeverri, de la hacienda de El Medio, oposición contenida en la demanda principal," resulta justificada la acusación, y es casable la sentencia por este motivo. En consecuencia, para fundar el fallo de instancia que ha de reemplazar al del Tribunal, se considera:

Para probar el hecho fundamental de la demanda principal, esto es, que "la Sociedad Burila, en la actualidad, no es propietaria ni usufructuaria de los predios colindantes con la hacienda de El Medio," porque "hace muchos años vendió los lotes que quedan sobre la línea divisoria de esas dos heredades," la parte opositora hizo venir al juicio los siguientes documentos:

"a) Copia de la escritura número 74, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Manizales, por la cual el Gerente de la Empresa de Burila le vende a Crisanto López y Emiliano Osorio un terreno correspondiente a tres acciones o lotes de acción en las de la referida Empresa, en el Distrito de Bugalagrande, cuyos linderos son: del alto del Chamizo, límite con el Salado, una línea recta, a ponerse al frente del alto del Pitá; de aquí, una línea recta al alto del mismo nombre, siguiendo esta misma línea al río Totoró; éste, arriba, al desemboque de la quebrada del Manzanillo; ésta, arriba, hasta una vega seca; por ésta, arriba, cruzando por los nacimientos de Senadera a la cuchilla del Alto Bonito; ésta, abajo, hasta el alto del mismo nombre; de aquí, tomando una pierna de dicha cuchilla y una línea recta al río del Pitá; éste, abajo, hasta Angosturas; de aquí, por una cuchilla, hasta el alto de La Sierra; de aquí, por la cuchilla del mismo nombre, hasta el primer punto de partida.

"b) Copia de la escritura pública número 423, otorgada en la Notaría del Circuito de Armenia el catorce de mayo de mil novecientos seis, por la cual el doctor Julio Caicedo P., apoderado general de la Empresa Burila, adjudicó el dominio exclusivo a Juan Bautista Jaramillo,

de un globo de terreno de 400 fanegadas, situado en el paraje denominado Totoró, y cupón de las tierras Burila, alinderado así: 'De un mojón situado en la margen derecha del río Totoró, línea recta y perpendicular a la dirección general de dicho río, a otro mojón, sito en la margen izquierda, habiendo quinientos sesenta metros del primer mojón al río, y doscientos cuarenta metros del río al segundo mojón; de aquí, línea recta, a otro mojón en la misma margen izquierda, con una distancia de dos mil ciento treinta y tres metros, y de éste, línea recta, perpendicular al río, a otro mojón, sito en la margen derecha, teniendo esta línea trescientos veinte metros del primero al río, y mil doscientos ochenta metros del río al segundo mojón; de éste, al punto de partida.'

"c) Copia de la escritura pública número 783, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Manizales el doce de octubre de mil novecientos nueve, por la cual el Gerente de la Empresa Burila le vende a Heliodoro Ocampo un lote de terreno de 100 fanegadas, situado en el paraje Totoró, de las tierras de Burila, en jurisdicción del Distrito del Zarzal, alinderado así: 'De un mojón de piedra que está en el camino que baja para el río Totoró; de éste, línea recta, a otro mojón, que está donde se encuentra la quebrada de El Congal con el río Totoró; de aquí, línea recta, a un mojón que está en una cuchilla; de aquí, derecho, a un mojón que está al pie de un cerro; de aquí a otro mojón, que está al borde de la quebrada de Coloradas; amagamiento arriba, a un mojón que está en una cuchilla; de aquí, lindando con terreno de José Mariano Giraldo, al punto de partida.'

"d) Copia de la escritura pública número 47, otorgada en la Notaría del Circuito de Sevilla el veintisiete de enero de mil novecientos diez y nueve, por la cual Simón M. Sepúlveda, apoderado del Gerente de la Empresa Burila, adjudicó el dominio exclusivo al doctor Daniel Gutiérrez y Arango, de 'un lote de terreno, constante de dos mil fanegadas, de los pertenecientes a la Sociedad de Burila, con mejoras de propiedad del adjudicatario y del General Pompilio Gutiérrez, consistentes en cultivos de pasto pará y yaraguá, ubicado en el punto denominado El Pital, en jurisdicción de este Distrito, correspondiente a los lotes de las cédulas números de ochocientos ochenta a novecientos, y demarcados por los siguientes linderos: 'del mojón de piedra que está en la línea trazada por el doctor Julián Arango, entre Burila y la hacienda de El Medio, una línea de Occidente a Oriente, de treinta cuadras más o menos, hasta un mojón de piedra que está lindando con terrenos del señor Crisanto López; de aquí, siguiendo de Sur a Norte, hasta un punto llamado Angosturas, en la quebrada de El Pital; de éste, siguiendo hacia el Norte, al alto de La Calera, y de allí, siguiendo de esa cuchilla arriba, pasando por un mojón de piedra, más de setenta cuadras, y de este punto, en línea recta hacia el Occidente, hasta el mojón de piedra, siguiendo en la misma línea trazada por el doctor Arango, entre la hacienda de El Medio y los terrenos de Burila, siguiendo esa línea más de cuarenta cuadras, hasta encontrar el otro mojón situado en la misma línea, primer punto de partida.'

"e) Un certificado del Registrador de instrumentos públicos y privados del Circuito de Tuluá, el catorce de octubre de mil novecientos veintiséis, en el cual inserta las partidas de registro e inscripción de las cuatro escrituras aquí expresadas (fojas 82 a 85 del cuaderno 3º).

"Pidióse, además, la práctica de una inspección ocular, con intervención de peritos, para que después de re-

correr la línea a que se refiere la sentencia dictada en el juicio especial de deslinde, el día doce de febrero de mil novecientos veintitrés—dice la petición—'expongan, en vista del terreno, cómo es verdad que uno de los puntos que determina la mencionada línea, el situado al Sur, quedó con terreno que no colinda con la hacienda de El Medio, ni con los de la Empresa Burila; y, además, y ésta es la parte principal de esta prueba, que los peritos determinen si la línea trazada por el Juzgado 1º del Circuito de Tuluá, en el juicio de deslinde a que se refiere este memorial, no sirve de separación entre la hacienda de El Medio y terrenos pertenecientes u ocupados por Burila, la Empresa, sino entre la hacienda de El Medio y terrenos pertenecientes hoy a particulares, distintos a la Empresa de Burila.'

Para la práctica de esa inspección se comisionó al Juzgado Municipal del Zarzal, el cual, en asocio de los peritos nombrados al efecto y con asistencia de los apoderados de ambas partes, procedió a darle cumplimiento a lo pedido, y en ello emplearon cuatro días (del veintiocho de septiembre al primero de octubre de mil novecientos veintiséis), sin haber podido cumplir su cometido, por no haber podido encontrar, para identificarlo, el mojón con que termina, por el Norte, el límite oriental de la hacienda de El Medio con las tierras de la Empresa de Burila, porque como no se había hecho el desmonte o las trochas que eran indispensables para—dice el acta final de esa diligencia—"la operación fue absolutamente imposible, no obstante los esfuerzos que a realizarla se hicieron; pues según informe, el mojón buscado se encuentra en un sector montuoso y de difícil acceso, de la llamada Cuchilla de la Cabrera."

También se pidió el testimonio de Gregorio Giraldo, Simón Sepúlveda, Manuel Betancur, Jesús Jaramillo, Cruz María Duque, Antonio Vallejo y Luis Alfredo Buitrago y Justo Pastor Gutiérrez, entre otros puntos, sobre si "saben y les consta que la Empresa de Burila ya no tiene terrenos que colinden con los de la hacienda de El Medio, por cuanto hace algunos años aquella vendió y entregó por escritura pública todos los terrenos contiguos a la mencionada hacienda de El Medio a los señores Juan Bautista Jaramillo, en mil novecientos seis, lote denominado La Selva; a Heliodoro Ocampo, en mil novecientos diez y nueve, lote denominado Totoró y La Miranda; a Crisanto López y Emiliano Osorio, en mil novecientos nueve, y a Daniel Gutiérrez y Arango, en mil novecientos diez y nueve, lote denominado El Pital."

De estos testigos, Alfredo y Luis Buitrago manifestaron que no les consta lo que se les pregunta; Manuel Betancur y Cruz María Duque no deponen por conocimiento personal, sino por inferencia de otras personas, y Antonio Vallejo Maya sólo conoce de la cuchilla de la Cabrera a la hacienda de El Pital.

Gregorio Giraldo dice:

"Conozco la hacienda de El Medio, y he oído decir que es de propiedad de los Echeverri Hermanos, y en la parte oriental de dicha hacienda los divide la cuchilla de la Cabrera, predios hoy de distintos propietarios y no de los terrenos denominados Burila. Ciertamente es que la Empresa de Burila ya no tiene terrenos que colinden con los de la hacienda de El Medio, por cuanto hace algunos años aquella vendió y entregó, por escritura pública, todos los terrenos contiguos a la mencionada hacienda de El Medio, aun cuando no puedo precisar oportunamente todos los dueños que recibieron en las épocas respectivas terrenos de la aludida Empresa de Burila."

Simón Sepúlveda dice:

"Conozco la hacienda de El Medio, de propiedad de los señores Echeverri Hermanos, en la parte oriental, en donde los divide la cuchilla de la Cabrera de los terrenos denominados Burila. Sé y me consta que la Empresa de Burila ya no tiene terrenos que colinden con los de la hacienda de El Medio, por cuanto hace algunos años aquella vendió y entregó por escritura pública todos los terrenos contiguos a la mencionada hacienda de El Medio, a los señores Juan Bautista Jaramillo, en mil novecientos seis, lote denominado La Selva; a Heliodoro Ocampo, en mil novecientos nueve, lote denominado Totoró y La Miranda; a Crisanto López y Emiliano Osorio, en mil novecientos nueve, y a Daniel Gutiérrez y Arango, en mil novecientos diez y nueve, lote denominado El Pital."

Declaraciones idénticas a la de Sepúlveda, hacen los testigos Jesús Jaramillo y Justo Pastor Gutiérrez.

En el alegato de la parte que figuró como opositora en el recurso de casación, se le hizo a estas pruebas los siguientes reparos: dijo allí el recurrente que para acreditar que Burila no linda hoy con la hacienda de El Medio, porque la entidad que lleva aquel nombre vendió hace algún tiempo los lotes que constituyen la faja de terreno por donde existió esa colindancia, presentó estas pruebas:

"Cuatro escrituras públicas, que figuran a fojas 39 a 57 del tercer cuaderno, por las cuales se venden a diferentes personas varios lotes de las tierras de Burila, y las declaraciones de nueve personas, que corren a fojas 60 a 66 del mismo cuaderno.

"Pues bien: de aquellas escrituras y de estas declaraciones ningún motivo se deduce en favor de la causal de casación alegada.

"En efecto: entre aquellas escrituras sólo hay una en que se dice que el lote enajenado linda con la hacienda de El Medio, y ello que en dicho punto la alinderación merece reparo, siendo así que el límite entre Burila y El Medio aún no estaba fijado. Los lotes enajenados por las otras escrituras no colindan, según ellas, con tierras de El Medio. Además, ninguna de dichas escrituras puede tenerse en cuenta en el presente litigio, porque no aparecen registradas en el Libro número 1º del Circuito respectivo (artículo 2673, Código Civil). De aquí que tampoco aparezca que la Empresa de Burila haya transmitido el dominio de tales lotes (artículo 756, Código Civil). Véanse folios 39 a 46 y 82 a 85, cuaderno 3º.

"Por eso el juicio de deslinde tenía que seguirse con la Empresa de Burila.

"Las nueve declaraciones nada prueban en cuanto a las enajenaciones de lotes hechos por Burila en la colindancia de El Medio, pues tales enajenaciones tienen que constar por escritura pública, y es sabido que en tales casos la prueba de testigos es inconducente (artículo 1757, Código Civil; artículo 682, Código Judicial). Además, los testigos no dicen porqué saben y les constan las afirmaciones que hacen."

Como se ve, no se rechaza el hecho afirmado, la no colindancia, sino que apenas se hace objeción a las pruebas dadas para demostrarlo, lo que deja la misma impresión que la lectura del siguiente pasaje de uno de los alegatos producidos por la misma parte en la segunda instancia del juicio, que corre a fojas 65 a 77 del cuaderno 2º, que dice, refiriéndose al mismo hecho:

"¿Estaban obligados mis poderdantes a saber las ventas que hicieron los socios de la dicha Compañía? Si en la línea de separación de los predios de El Medio y Burila hubiese habido colindantes o usufructuarios, ¿porqué el Gerente de la Sociedad, doctor Gutiérrez y Arango, al ser demandado él solito, se calló la boca, dejando seca la pluma, nada dijo al respecto, aceptó la demanda y dejó que el juicio siguiera su curso, o sin ejercitar el derecho de proponer excepciones, conforme a lo estatuido por el artículo 1308 del Código Judicial? ¿Porqué no excepcionó, diciendo que aparte de él habían otros extraños como colindantes o usufructuarios del terreno materia del deslinde? Nada, entonces, se dijo al respecto, porque eso estaba reservado para que lo dijera y alegara mi honorable actual contendor."

Ahora, en lo que hace al reparo que se le opone a las expresadas pruebas, se observa que, como lo ha dicho la Corte en casación de 2 de julio de 1890, si bien es cierto que no puede emplearse la prueba de testigos para variar el contenido de una escritura, "tal prueba es una auxiliar de los documentos públicos para completar lo deficiente o para determinar lo que es válido."

En el presente caso, la parte actora afirma que la faja de terreno de las tierras de Burila, que lindaba con la hacienda de El Medio, ya no pertenece a la empresa de aquel nombre, sino a los señores Crisanto López y Emiliano Osorio, Juan B. Jaramillo, Heliodoro Ocampo y Daniel Gutiérrez y Arango, por ventas hechas a éstos por medio de las cuatro escrituras arriba mencionadas; pero resulta que en esas escrituras, excepto la última, la descripción de los predios vendidos se hizo dando apenas a conocer los extremos de cada línea y el rumbo de éstas, sin expresar los nombres de los predios colindantes ni los de sus respectivos dueños, y para acreditar la verdad del hecho afirmado, supliendo la deficiencia o la vaguedad que al respecto se nota en las referidas escrituras, se adujo el testimonio de cuatro personas hábiles, que por el conocimiento personal que tienen de la hacienda de El Medio, en su lado oriental, saben y les consta que la Empresa de Burila há muchos años vendió y entregó a las personas arriba dichas todos los terrenos contiguos a la mencionada hacienda de El Medio, y que, por consiguiente, la referida Empresa ya no tiene terrenos que colinden con los de esta hacienda. Si estos hechos están sujetos a los sentidos, mal puede decirse que no son ellos materia de prueba testimonial. Esos testimonios llenan la deficiencia o vaguedad de aquellas escrituras públicas, son sus auxiliares, como ha dicho la Corte, y las complementan, y no es exacta la afirmación de que esas escrituras carecen de la formalidad del registro, pues el certificado del Registrador de instrumentos públicos y privados del Circuito de Tuluá, que obra a fojas 82 a 85 del cuaderno 3º de este proceso, pregona todo lo contrario. Verdad es que en ese certificado no expresa el Registrador en qué libro hizo el registro de las referidas escrituras; pero, en tal caso, hay que presumir que el funcionario obró con arreglo a la ley, y, por consiguiente, que el registro lo hizo en el libro correspondiente, o sea en el número 1º. Ahora, si la parte contraria estima que no fue así, a ella le correspondía haberlo probado.

En concepto de la Corte, si está probado con esos elementos el hecho en que se funda la demanda principal, esto es, que la Sociedad Burila, en la actualidad, "no es propietaria ni usufructuaria de los predios colindantes

con la hacienda de El Medio," por el lado oriental de ésta, y siendo ello así, los dueños de la hacienda de El Medio no tienen, respecto de la Empresa de Burila, la acción de deslinde que consagra el artículo 900 del Código Civil.

En tal virtud, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Buga el veintidós de septiembre de mil novecientos veintisiete, y en su lugar resuelve:

Revócase la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 1º del Circuito de Tuluá el veinte de octubre de mil novecientos veinticinco, y declárase fundada la oposición que la Empresa de Burila le hace a la demanda de deslinde que contra ella han dirigido los dueños de la hacienda de El Medio, "para que con su citación y audiencia se determine la línea separatoria de ambos predios," por el lado oriental de dicha hacienda.

No hay lugar a condenación en costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Vistos:

Ana Joaquina Pérez F., como heredera de Valentín Pérez, entabló en nombre de la sucesión de éste, juicio ordinario ante el Juzgado 1º del Circuito de Cartagena, contra José Angel Pupo, para que se hiciesen las siguientes declaraciones:

a) Que es nula, absolutamente, la escritura pública número 399, de fecha treinta de agosto de mil novecientos diez y ocho, pasada ante el señor Notario 2º del Circuito de Cartagena, por la cual el señor Luis Lamadrid vendió a nombre del finado Valentín Pérez, la coquera antes mencionada, situada en la isla de Barú, de este Municipio, y descrita por los siguientes linderos:

"Por el Norte, con una finca de cocos del señor José Angel Medrano; por el Sur, con la ensenada de Punta de Piedras; por el Este, con la ciénaga del Pelado, y por el Oeste, con el mar Caribe."

b) Que es asimismo nulo, absolutamente, el contrato de compraventa de la mencionada finca de cocos, que, como he dicho, contiene dicha escritura pública número 399, de treinta de agosto de mil novecientos diez y ocho, por falta de consentimiento del que aparece como vendedor, o sea del finado Valentín Pérez, ya porque su representación que, como supuesto apoderado, efectuó el señor Luis Lamadrid, en ese contrato, resulta incierta o apócrifa, o ya porque el mismo finado era absolutamente incapaz para vender dicho inmueble por el mal que padecía en la época en que aparece realizada la venta; y subsidiariamente, que se haga igual declaración de nulidad, por la simulación que ha confesado el propio demandado, que entraña ese mismo contrato.

c) Que el demandado señor José Angel Pupo debe entregar dentro del término que usted al efecto fije, dicha

finca de cocos, por los linderos expresados, y sus frutos naturales y civiles, y no solamente los percibidos, sino los que mi mandante hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder, y siendo responsable, a la vez, de los deterioros que por hecho o culpa del demandado haya sufrido y sufra la referida finca.

d) Que en caso de que no existan los frutos, debe pagar el demandado el valor que hubieren tenido esos frutos al tiempo de la percepción, valorados por peritos en este juicio o en otro separado; y

e) Que el demandado debe pagar las costas del presente juicio.

Se basa la demanda en estos hechos:

1º En treinta de agosto de mil novecientos diez y ocho, el señor Luis Lamadrid, titulándose apoderado especial del finado Valentín Pérez, otorgó, en nombre y representación de éste, la escritura de venta número 399, en la Notaria 2º del Circuito de Cartagena, a favor del señor José Angel Pupo, de una finca sembrada de 1,400 árboles de cocos, más o menos, situada en terrenos baldíos del Corregimiento de la isla de Barú, jurisdicción de este Municipio cabecera, alinderada así: por el Norte, con finca de cocos del señor José Angel Medrano; por el Sur, con la ensenada de Punta de Piedras; por el Este, con la ciénaga del Pelado, y por el Oeste, con el mar Caribe.

2º El documento que presentó dicho señor Luis Lamadrid para representar en dicho otorgamiento al finado Valentín Pérez, fue un simulacro de poder especial para pleito, que aun siendo, como es, esa forma incompetente para el acto civil expresado, carece de las formalidades esenciales que para garantía de autenticidad exige en relación con esta clase de actos el procedimiento judicial y en lo tocante a la formalidad de la presentación personal por el otorgante.

3º Ese mismo documento o escrito que ha figurado como poder otorgado por el finado Valentín Pérez al señor Luis Lamadrid, no está firmado por aquél, que sabía leer y escribir, sino por un sujeto llamado Primitivo León, que está hoy procesado y encarcelado en esta ciudad por el delito de robo, quien dice que lo suscribe a ruegos de dicho finado señor Pérez, como suele acostumbrarse cuando una persona firma por otra que no sabe firmar o escribir.

4º El Regidor del Corregimiento de Barú, que aparece abonando la presentación personal de ese singular documento dirigido a guisa de poder al señor Notario 2º de este Circuito Notarial, se llama Andrés Pupo, y es primo hermano, es decir, colateral en cuarto grado de consanguinidad de José Angel Pupo, persona que aparece favorecida con el referido acto.

5º En la susodicha escritura pública de compraventa, otorgada con las mencionadas irregularidades, aparece que el finado Valentín Pérez vende por intermedio del señor Luis Lamadrid la prenombrada finca de cocos por el precio de \$ 1,400 oro legal, y en ese mismo instrumento se ha hecho constar que el presunto vendedor Pérez tenía recibido ya del supuesto comprador Pupo, dicho precio a su satisfacción.

6º La referida suma de \$ 1,400, asevera mi poderdante, que no es cierto que el mencionado señor José Angel Pupo la haya, en ningún tiempo, entregado, como precio de dicha compraventa, al supuesto vendedor Valentín Pérez; lo que aquél (Pupo) ha confesado llanamente en la investigación sumaria criminal que se sigue sobre este

asunto en el Juzgado 3° del Circuito, al explicar, según referencias de él mismo, que el finado simuló esa compraventa para hacerle donación de dicha finca de cocos, que él (Pupo) venía usufructuando.

7° El finado Valentín Pérez, atacado de enajenación mental, vivía recogido en casa de José Angel Pupo, y éste, en cambio, usufructuaba dicha finca, recibiendo de este modo, con creces, reembolso de los gastos que podía ocasionarle la muy humilde asistencia que prestaba a aquél.

8° El señor Valentín Pérez falleció en el Corregimiento de Barú el día cuatro de octubre de mil novecientos diez y ocho, sin dejar testamento, y la liquidación de su mortuoria está a cargo de ese Juzgado 1°

9° Ana Joaquina Pérez F. es heredera del finado Valentín Pérez, condición que le ha sido reconocida por sentencia de fecha dos de junio del año en curso, dictada por el Juzgado a su digno cargo.

10. La finca de cocos en referencia ha sido mandada entregar a José Angel Pupo, por el Juzgado y el honorable Tribunal Superior, reputando válida la referida escritura pública número 399, hasta que se declare en juicio contradictorio su nulidad absoluta.

El demandado contradijo las acciones. El Juez pronunció sentencia de absolución de éste. Por apelación del actor, el Tribunal Superior de Cartagena, en sentencia de fecha trece de febrero de mil novecientos veintinueve, revocó la de primera instancia, y con la aclaración que de ella hizo, con fecha tres de abril del mismo año, falló el pleito en estos términos:

“Declárase nulo el contrato de compraventa que reza la escritura número 399, de fecha treinta de agosto de mil novecientos diez y ocho, en la cual aparece el señor Luis Lamadrid vendiendo a nombre de Valentín Pérez, a José Angel Pupo, la coquera descrita en el libelo.

“Decrétase la reivindicación demandada, y en consecuencia, el demandado Pupo entregará a la demandante Ana Joaquina Pérez, en representación ésta de la sucesión de Valentín Pérez, y dentro de tres días de ejecutoriado el auto que ha de dictar el inferior, de obediencia y cumplimiento, la coquera materia de la reivindicación, ubicada en la isla de Barú, y alinderada así: por el Norte, con la finca de cocos del señor José Angel Medrano; por el Sur, con la ensenada de Punta de Piedras; por el Este, con la ciénaga de Pelado, y por el Oeste, con el mar Caribe.

“Condénase asimismo al demandado Pupo a pagar a la sucesión de Valentín Pérez, representada por la demandante, los frutos civiles y naturales que ella (demandante) hubiera podido percibir, si hubiese tenido la coquera en su poder, a partir de la fecha de la contestación de la demanda hasta el día en que se verifique la entrega. Tales frutos se estimarán en juicio separado. Si al tiempo de la restitución no existieren frutos, pagará el demandado el valor que hubiesen tenido al tiempo de la percepción, a juicio de peritos.”

La parte demandada recurrió en casación. Es admisible el recurso.

El recurrente aduce la primera y segunda causales de casación.

Como la Corte encuentra fundado el motivo de casación, referente a la violación directa del artículo 2673 del Código Civil, procede a estudiar el cargo.

Dice el recurrente:

“El artículo 2673 del Código Civil previene:

‘Ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio, ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme con lo dispuesto en este Código.’

“Y en opinión del competente jurista que representó a la parte recurrente ante el Tribunal sentenciador, al interponer la casación que yo vengo sustentando, ‘quebranta el Tribunal el artículo 2673 del Código Civil, al tomar como base de nulidad una escritura que carece de la formalidad del registro, y por consiguiente de autenticidad, cosa regulada de manera expresa por la disposición citada.’”

Se considera:

La sentencia absolutoria de primera instancia finca, entre otros motivos, en que la escritura número 399, de treinta de agosto de mil novecientos diez y ocho, no puede aceptarse como prueba, por no estar registrada. Este punto se discutió en las instancias del juicio, así por la parte demandada como por la parte demandante. En la Corte también se ha discutido el punto por ambas partes.

El artículo 2673 del Código Civil es muy claro, de modo que su aplicación no ofrece dificultad alguna. Esta disposición prohíbe terminantemente a las autoridades aceptar como pruebas escrituras o documentos sujetos al registro, cuando no se han registrado o cuando no se exhibe la prueba de la inscripción. Esta es, además, la doctrina uniforme de la Corte.

En un caso análogo al que se discute, dijo la Corte:

“El Juez no puede declarar la nulidad o inexistencia de un contrato de venta de bienes raíces, ni la resolución de él, si el título que presenta el demandante carece de registro. No pudiendo el juzgador darle fe a tal instrumento, no hay cómo examinar si el contrato adolece de los vicios anotados por el demandante.” (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo III, número 3347).

“No viola el artículo 2673 del Código Civil la sentencia que en un juicio sobre nulidad de una compraventa de bienes raíces desecha como prueba del contrato la copia de la escritura presentada, sin nota de registro, por el demandante de la nulidad del contrato. El actor debe aducir la prueba legal de la existencia del contrato cuya nulidad demanda, existencia que, tratándose de la compraventa de un inmueble, no puede ser otra que la escritura pública debidamente registrada.” (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo II, número 2134).

Y no se arguya que el demandado, en la contestación de la demanda, aceptó la existencia del contrato de venta del bien raíz a que se refiere este juicio, puesto que la confesión no es suficiente para probar la enajenación de inmuebles, la cual sólo se prueba con la escritura pública debidamente registrada.

Ya lo dijo la Corte:

“No sirve la confesión de las partes para probar los contratos solemnes. Así, pues, aunque una persona confiese haber vendido una finca raíz, no debe admitirse como existente la venta, si falta la respectiva escritura pública registrada; pues la confesión no puede dar vida a lo que no ha existido a los ojos de la ley, porque sólo se confiesa lo que ha existido antes.” (Casación, 23 junio 1892, VII, 285, 2°; Casación, 4 octubre 1910, XIX, 100, 1°).

El Tribunal violó el artículo 2673 del Código Civil, al declarar “nulo el contrato de compraventa que reza la

escritura número 399, fecha treinta de agosto de mil novecientos diez y ocho, en la cual aparece Luis Lamedrid vendiendo a nombre de Valentín Pérez, a José Angel Pupo la coquera descrita en el libelo." Esta escritura aparece sin registro, y de ahí el que no pueda aceptarse como prueba.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, 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 de Cartagena el trece de febrero de mil novecientos veintinueve, aclarada por el fallo de tres de abril del mismo año, y en su lugar decide:

1° Confirmase la sentencia de primera instancia.

2° Sin costas en el recurso de casación.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Vistos:

Rosa Ramírez, esposa de José Dolores Cadavid, entabló ante el Juez 3° Civil del Circuito de Medellín juicio de separación de bienes, con audiencia de su marido, y entrega de los bienes que correspondan a la actora. Pidió, además, que el Juez dictara las medidas preventivas necesarias a fin de poner en seguridad los bienes.

Se basa la demanda en estos hechos:

1° La actora contrajo matrimonio católico con el demandado José Dolores Cadavid, en la parroquia de Girardota.

2° Cadavid abandonó desde hace algún tiempo el cumplimiento de sus deberes de esposo y padre de familia, una vez que no proporciona lo necesario para la habitación, subsistencia y vestido de su esposa y de los cuatro hijos que dependen de él.

3° Casi todos los gastos diarios de la familia se hacen merced al trabajo y esfuerzo constante de la demandante, quien paga el alquiler de la casa de habitación, el servicio de agua y luz, el vestido de ella y el de sus hijos, y complementa lo que siempre falta para la subsistencia de la familia, y paga médico y medicamentos.

4° El esposo Cadavid da para todos los gastos de familia, no siempre, la suma de sesenta pesos, cantidad más que exigua para atender a las necesidades de la familia, constituida por los dos cónyuges, cuatro hijos y una sirvienta.

5° Cadavid ha ultrajado frecuentemente a su esposa, lanzando, en presencia de varias personas, expresiones muy injuriosas, de esas que afectan el honor y ponen en duda la fidelidad conyugal de aquella.

6° En varias ocasiones, Cadavid la ha ultrajado también de obra, azotándola con zoga y rejo, y dándole golpes en el vientre y otras partes del cuerpo.

7° El esposo se complace en hacer uso en presencia de personas que van a comprar leche en la casa donde habita, de expresiones injuriosas contra la demandante.

8° El demandado es un jugador habitual o profesional: desde hace algunos años juega casi todas las noches en

varios garitos sumas de dinero, cuya pérdida arruina, a la larga, el patrimonio de la familia.

9° La sociedad conyugal posee algunos bienes, que consisten en tres fincas, denominadas *La Loma*, *La Cristalina* y *Gregorio*, en el Distrito de Concordia, y en algunos semovientes.

10. Las disipaciones del esposo demandado son tales, que de lo que adquirió Cadavid por herencia de su tía, Zoraida Cadavid de Sierra, impuso a interés unos diez mil pesos oro, y en pocos meses ha derrochado como cuatro mil pesos, a pesar de que sus gastos de familia son muy reducidos.

Aduce la actora como fundamento de derecho los artículos 197, 203 del Código Civil y 2° de la Ley 8° de 1922.

El demandado contradijo la acción.

El Juez sentenció con la absolución de éste.

Por apelación de la actora, el Tribunal Superior de Medellín, en fallo de fecha cinco de abril de mil novecientos veintinueve, revocó el de primera instancia, y decretó la separación de bienes de la sociedad conyugal formada por los señores José Dolores Cadavid y Rosa Ramírez de Cadavid, y ordenó que, ejecutoriada la sentencia, se procediera al inventario y partición de bienes.

El cónyuge demandado interpuso casación. El recurso es admisible y se funda en la causal primera de casación.

Primer motivo. Violación directa, y también por errónea interpretación de los artículos 606 y 607 del Código Judicial. Dispone el primero que "un testigo no puede formar por sí solo plena prueba, pero sí gran presunción, cuando es hábil." Ordena el segundo que "dos testigos hábiles para declarar, que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, hacen plena prueba."

Se refiere el cargo a la parte de la sentencia en que el Tribunal asienta que se halla probada la causal 5ª del artículo 154 del Código Civil, de separación de bienes, con las declaraciones de Daniel Tamayo, Claudina Ochoa de Tamayo, Climaco Galeano, padre; Climaco Galeano, hijo; Pablo Berrío, Jesús Yepes, María J. Herrera, Leonisa Correa de Cadavid, Emilia Cadavid de Ochoa, "quienes—dice la sentencia—hablan en general de los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra de que ha sido víctima la señora Ramírez de Cadavid por parte de su marido, y de sus declaraciones se deduce que se han hecho imposibles la paz y el sosiego domésticos entre los esposos."

Al declararlo así—argumenta el recurrente—la sentencia viola los artículos citados, porque basta recorrer una a una las declaraciones mencionadas, para obtener el conocimiento de que se trata de declaraciones singulares; es decir, sobre hechos que no fueron, ninguno de ellos, presenciados a la vez por dos de los testigos. Si no aparece probado ninguno de aquellos hechos, mal puede estimarse comprobada la causal que se trata de apoyar en ellos.

Se considera:

El Tribunal, después de hacer el análisis de varios testimonios para demostrar la conclusión de que si algunos testigos se refieren a hechos ocurridos "hace veinte o más años," otros relatan hechos recientes y hasta sucedidos después de iniciado el presente juicio. Luego agrega:

"Y tanto ha sido imposible entre los esposos la paz doméstica, que los testigos Galeano, padre e hijo, declaran que José Dolores Cadavid se salió de la casa y se fue

a vivir a la de un yerno, y que aun logró que sus hijas salieran también de la casa y dejaran sola a la señora Ramírez de Cadavid. Uno de estos testigos asevera que Cadavid le manifestó que se había llevado a sus hijas para molestar más a su esposa. Este hecho, que es reciente, porque ocurrió después de iniciado este juicio, no deja duda de que la vida entre los cónyuges se ha hecho insoportable."

Se advierte de paso que este es uno de los fundamentos principales del fallo del Tribunal.

Si este hecho es reciente, como está probado, viene a demostrar que la paz perdida desde hace muchos años en el hogar de los esposos Cadavid-Ramírez, a causa de los ultrajes del demandado, no ha revivido aún, y por consiguiente hoy, dada la naturaleza humana, ella está más lejos, y, por tanto, más difícil de conseguir.

De modo que no hay solución de continuidad entre los hechos sucedidos hace siete o catorce años y los que ocurren actualmente.

Además, para el caso especial de la violación de los artículos 606 y 607 del Código Judicial, la Corte tiene establecido que "tratándose de probar con testigos hechos repetidos o crónicos," no es posible exigir la concurrencia de dos testigos, por lo menos, respecto de cada hecho aislado. El hecho que se trata de probar no es entonces deducido de un solo acto, sino de una serie de actos, de que dan fe los testigos, concurriendo todos a demostrar el hecho principal. Los testimonios apreciados en estos casos como presunciones, según el artículo 606 del Código Judicial, se complementan unos a otros, concurriendo todos a determinar la convicción." (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo III, número 3244).

El cargo carece de fundamento.

Segundo cargo. Violación por errónea interpretación del artículo 2° de la Ley 8° de 1922, en la parte en que esta disposición se refiere al artículo 154 del Código Civil, y violación del numeral 5° de este último artículo y del 539 del Código Judicial.

Dice el recurrente que el Tribunal estimó que dicha causal—5° del artículo 154 del Código Civil—aparecía comprobada con las declaraciones de los testigos a que alude el cargo primero. Luégo agrega:

"El Tribunal estima que hechos ocurridos hace catorce o más años sirven para comprobar la causal 5° del artículo 154 del Código Civil, lo cual envuelve una violación de tal artículo y una interpretación errónea de él, pues el artículo dice:

"Si con ello pelagra la vida de los cónyuges, o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos."

"La ley habla en presente: pelagra, hacen imposibles; luego los ultrajes, trato cruel y maltratamientos, deben ser actuales, no pretéritos, en múltiples años a la fecha de la demanda, pues en este caso la misma preteridad de los hechos está indicando, o bien la reconciliación de los cónyuges, o bien que tales manejos no eran suficientes para hacer imposibles la paz y el sosiego, siendo así que fueron capaces de persistir por catorce años o más."

El recurrente analiza los términos de cada uno de aquellos testimonios para deducir estas conclusiones: la declaración de Daniel Tamayo nada afirma con relación a la vida actual de los casados, sino que se refiere a sucesos acaecidos hace más de catorce años, que consistieron, según sus recuerdos, en palabras vulgares que no puede precisar, pero que hacían poco menos que imposible la paz doméstica. Nada preciso declara el testigo cuanto a la vida presente de los cónyuges, y en cuanto a las voces vulgares proferidas hace catorce años, no

las precisa. La declaración de Claudina Ochoa de Tamayo afirma que hace unos trece o catorce años que fue de visita a la casa de la demandante, y que la encontró muy estropeada, y que le dijo que su esposo José Dolores Cadavid la había golpeado. Afirma la declarante, además, que estuvo visitando con bastante frecuencia la casa de Cadavid, como vecina, visitas que hacía en confianza, y observó que éste no trataba bien a su esposa, y le lanzaba expresiones vulgares, pero no que afectaran su reputación de esposa. En posterior declaración aclara su testimonio, reafirmando que las expresiones vulgares si causaban molestia, "no eran gravemente ofensivas," tales como "sin vergüenza," "derrochadora," y otras por el estilo. El recurrente opone a tal testimonio las mismas objeciones que a la declaración de Daniel Tamayo. Clímaco Galeano padre, expone que por motivo de entrar con frecuencia a la casa de los esposos Cadavid a sacar agua para su taller de sastrería, y comprar leche, afirma que Cadavid no le proporcionaba a la demandante lo necesario para la subsistencia, puesto que de otra manera, siendo un poco enferma, "no se mataría trabajando"; "yo mismo—dice—le he prestado algunas cantidades de dinero, hasta de diez pesos, dos o tres veces por mes; por esto, y por lo que la señora Rosa de Cadavid me ha expresado en varias ocasiones que su marido no le suministra nada, puedo afirmar que no le da un centavo....."

Esta declaración—objeta el recurrente—no alude siquiera a ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra, que hiciesen imposible la paz doméstica, que es la causal aducida por el Tribunal para decretar la separación. Hubo, por tanto, error absoluto en invocar esta declaración como una de las pruebas de aquella causal.

A la declaración de Clímaco Galeano, hijo, hace el recurrente los mismos reparos que a la anterior.

La declaración de Pablo Berrio dice:

"Hace muchos años, veinte más o menos, presencié en varias ocasiones que José Dolores Cadavid le daba látigo a su esposa señora Rosa de Cadavid. Generalmente le daba con lo que encontraba a la mano; otras veces le daba con una soga, o la recostaba contra la pared y le daba pescozones. Esto lo presencié cuando ellos vivían en Copacabana, en la finca de don Pepe Sierra, en donde yo vivía en ese tiempo."

Los hechos que refiere el testigo, a ser ciertos, son graves, pero—arguye el recurrente—hace mucho tiempo que acaecieron, y les cabe la misma observación, de que no pueden, siendo de fecha tan remota, constituir en la actualidad la causal de separación de bienes, que designa el ordinal 5° del artículo 154 del Código Civil.

Jesús Yepes, en su declaración, expone que respecto a los hechos relativos al mal trato de palabra y de obra que hubiera empleado Cadavid contra su esposa, cuando vivieron en el Distrito de Concordia, nada le consta directa y personalmente, y que tan sólo presencié que una noche, en fecha que no recuerda, ni cuya época calcula, la señora Ramírez se presentó en traje de dormir a la casa del testigo, y le manifestó que "había tenido que huir de la casa, porque su esposo iba a pegarle cuando ya estaba para acostarse."

"Solamente—agrega el testigo—me consta el hecho que refiero, pero ninguna otra cosa y ningún maltrato presencié para su esposa por parte de Cadavid, en el tiempo que vivieron con su familia en el paraje de La Cristalina."

Observa el recurrente que el testigo tan sólo refiere un proceder de la señora Ramírez y un dicho de ella,

que en nada establecen un ultraje o maltratamiento de obra por parte de su esposo.

María Josefa Herrera, en su declaración, afirma que presencié hace unos veinticinco años que, viviendo José Dolores Cadavid con la familia en la finca de El Guasimal, éste maltrataba cruelmente a su esposa, azotándola con una sogá o rejo, hasta hacerle cardenales en varias partes del cuerpo. Objeta el recurrente esta declaración, ya por ser única respecto de los hechos sobre que versa, ya por referirse a una época muy remota y anterior a la demanda de separación.

La señora Leonisa Correa de Cadavid declaró:

"Al primero. Conozco a las partes en el juicio, quienes son mis suegros. Al 7º H. Me consta por haberlo presenciado que el señor José Dolores Cadavid, en la finca La Cristalina, ultrajó a la señora Rosa Ramírez de Cadavid, de palabras, con vocablos muy fuertes, pero sin maltratarla de obra; pues aunque sacó un revólver en actitud amenazante, no se verificó ningún acto; esto lo hizo Cadavid por dos veces, en ambos casos intervinieron los hijos para defender a la esposa.—L. Es verdad, y me consta personalmente, que José D. Cadavid ultraja de palabras a la que me pregunta, con palabras o expresiones feas por lo vulgares, pero no he oído que le lance la que indica la pregunta, ni que tienda a comprometer la honra o la felicidad conyugal de la señora."

La declaración de Leonisa Correa de Cadavid—dice el recurrente—se refiere a hechos ocurridos hace siete años.

La declaración de Emelia Cadavid se refiere a un hecho aislado, sin determinar la fecha en que acaeció, a saber:

"Sólo una vez presencié aquí, en la vecindad, que el señor Cadavid le lanzó a su esposa una expresión vulgar."

Esta declaración—dice el recurrente—no determina la ofensa de palabra, y concluye afirmando que no puede apreciar si se hará imposible o nó la paz en el hogar de los esposos Cadavid-Ramírez.

También alega el recurrente que "la ley sólo autorizó la separación de bienes por la causal 5ª del artículo 154 del Código Civil, en la Ley 8ª de 1922; luego mal pueden aducirse hechos anteriores a la vigencia de dicha Ley para comprobar aquella causal."

La Corte observa: la primera parte del fundamento de este cargo se halla estudiada y decidida en el examen que del cargo anterior se acaba de hacer, ya que trata sobre la fuerza probatoria de los mismos testimonios que en éste ataca de nuevo en cuanto a su precisión y actualidad.

No es posible, además, creer que uno cualquiera de los hechos relatados por los testigos, ocurrido una sola vez, por sí solo y sin encadenamiento con los demás, pueda constituir fundamento para decretar la separación de bienes por la causal 5ª del artículo 154 del Código Civil. Al contrario: es forzoso que esos hechos hayan sucedido en varias épocas y que sean continuos.

Es preciso repetir y reforzar la respuesta dada en el cargo anterior, al punto referente a la época en que acaecieron los acontecimientos que fueron materia de la prueba testimonial.

Atrás se vio que la prueba referente a los ultrajes continuos que Cadavid hacía a la señora Ramírez, es completa, aunque algunos de los testimonios se refieren a siete o catorce años atrás; se vio también que hay fundamento para creer que esos disgustos persisten hoy, tomando como base el hecho probado de que las hijas de

los esposos Cadavid-Ramírez hayan abandonado a su madre para convivir con su padre, y que ese abandono fue promovido por el demandado. Ahora, agréguese a esos hechos el muy significativo a que alude el testigo José Puerta R. en su declaración (folio 29), quien dice que Cadavid lo autorizó para entregarle a la señora Ramírez una o dos partidas de sesenta pesos cada una. Este es otro hecho que demuestra que en esa ocasión, que no data de mucho tiempo anterior a la demanda, no reinaba la armonía entre los esposos, pues de otro modo esta autorización no la habría dado Cadavid, y en su lugar habría tomado éste personalmente el dinero para suministrarlo a su esposa en la forma conveniente. Además, existe la declaración de Emelia Cadavid (folio 26 vuelto), en que aparece el hecho de que en el lapso de los nueve meses anteriores a la fecha de esa declaración, la testigo presencié que Cadavid "le lanzó a su esposa una expresión vulgar."

Estos incidentes convencen de que el malestar que afirman unos testigos reinaba en el hogar de los esposos Cadavid hace más de siete años, continúa hoy, según lo afirman otros, haciendo imposibles la paz y el sosiego domésticos, de modo que hay motivo suficiente para afirmar que esos disgustos, que datan de más de veinte años, hoy son mayores y más graves, por la mala disposición que con el tiempo han venido formando en los caracteres de los cónyuges.

Y no se diga que como sólo hasta el año de 1922—Ley 8ª—vino a ser causal de separación de bienes la señalada en el ordinal 5º del artículo 154 del Código Civil, no se pueden aducir, para comprobarla, hechos sucedidos en época anterior, porque aunque ello fuera así, ya se ha demostrado que no fue que los hechos fundamentales acaecieron en época pretérita, sino que entonces comenzaron y continuaban aún durante la secuela de este juicio. Por tanto, se deben considerar como crónicos, que son precisamente los que autorizan y deciden la separación.

Es conveniente reproducir la sentencia interlocutoria con que la Corte puso fin a un incidente sobre desistimiento de este juicio y del recurso de casación, con el objeto de poner de manifiesto la situación anormal y actual del hogar de los cónyuges Cadavid-Ramírez.

Dice la sentencia:

"Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

"Bogotá, febrero veinticuatro de mil novecientos treinta y uno.

"Vistos:

"Ante el Juez 3º del Circuito de Medellín, Rosa Ramírez promovió juicio de separación de bienes contra su esposo José Dolores Cadavid, y pidió, además, las medidas preventivas conducentes a poner en seguridad los bienes de la sociedad conyugal.

"El Juez absolvió al demandado.

"Por apelación de la actora, el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de fecha cinco de abril de mil novecientos veintinueve, revocó la de primera instancia, y en su lugar decretó la separación pedida.

"El demandado interpuso casación, recurso que le fue concedido.

"Estando en la Corte los autos al despacho del Magistrado sustanciador, se recibió un memorial suscrito por

ambos litigantes, y presentado para su autenticidad ante el Juez 3º Civil del Circuito de Medellín, que dice:

“Nosotros, José Dolores Cadavid y Rosa Ramírez de Cadavid, esposos, mayores de edad y vecinos de Medellín, ante vosotros muy respetuosamente exponemos: que para buscar la paz y tranquilidad en nuestro hogar, y para vivir como esposos cristianos, hemos resuelto poner fin a todas las diferencias que ha habido entre nosotros, y, para el efecto, la última de nosotros desiste de una manera absoluta de la acción que, sobre separación de bienes, estableció contra el primero, y éste desiste, en la misma forma, del recurso de casación que interpuso contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de separación de bienes seguido entre nosotros.....”

“Este memorial fue recibido en la Secretaría de la Corte el veinticuatro de noviembre, y el día siguiente, veinticinco (25), se recibió otro memorial telegráfico, suscrito por la señora Rosa Ramírez de C., que dice:

“Con engaños obtuvo mi esposo José Dolores Cadavid, firma memorial desistimiento juicio separación, dejándome luego abandonada. Ruego no atender ese memorial.....”

“Como estimase el Magistrado sustanciador, de acuerdo con la opinión de la Sala, que el desistimiento hecho conjuntamente por los dos esposos, del recurso de casación el uno, la otra del juicio mismo, y según los propios términos del memorial presentado por ellos eran efecto del acuerdo con que habían puesto fin a sus diferencias en la vida de matrimonio, ordenó que se pusiera en conocimiento del marido la petición por la cual la esposa retira su desistimiento del juicio a causa de que habían renacido las querellas.

“Corrido el correspondiente traslado, el cónyuge no opuso objeción alguna.

“A pesar de esta última diligencia, la situación recíproca de los cónyuges permanece la misma, esto es, que los respectivos desistimientos pendían del arreglo de sus diferencias conyugales; pero como éste no se había efectuado en realidad, y la discordia continúa, no es dable prescindir de la intervención de la justicia en el pleito que sobre separación de bienes se ha seguido entre ellos y se halla en curso ante esta Superioridad.

“Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

“1º Se da por retirado el desistimiento del juicio que presentó la señora Rosa R. de Cadavid; y

“2º No se admite el desistimiento del recurso de casación que interpuso el cónyuge José D. Cadavid.

“Notifíquese, y ejecutoriada esta providencia, vuelva al despacho del Magistrado sustanciador.

“JUAN N. MENDEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.”

Refiriéndose a la sentencia del Tribunal, alega el recurrente:

“También dice la sentencia:

“No son necesarias tan apremiantes circunstancias para decretar el divorcio; basta simplemente el hecho de que habitualmente se hayan hecho imposibles la paz y el sosiego domésticos entre los esposos por cualquier causa.”

“En esta consideración también se viola el ordinal 5º del artículo 154 del Código Civil, pues para que sean po-

sibles el divorcio o la separación, se requiere que la imposibilidad de paz y sosiego provengan, no de cualquier causa, sino de ultrajes, trato cruel o maltratamientos.”

La Corte considera: la base principal del fallo del Tribunal ha sido el ultraje diverso y persistente que el demandado ha prodigado a su esposa, el cual halló comprobado, indiciamente, con múltiples y variadas declaraciones de testigos, sobre las cuales hizo extenso estudio.

La parte transcrita por el recurrente es una adición a los considerandos fundamentales del fallo, y aunque la declaración que contiene no fuera muy cierta, en nada afectaría la decisión final, puesto que la base subsiste completamente.

En cuanto a la violación del artículo 539 del Código Judicial, se considera estudiada, y, por lo mismo, contestada con el examen de todo el cargo, el cual carece de fundamento en su totalidad.

Tercer cargo. Violación directa del artículo 594 del Código Judicial.

La acusación está concebida así:

“El Tribunal dice que de las declaraciones que se dejaron examinadas en el segundo motivo, ‘se deduce que se han hecho imposibles la paz y el sosiego doméstico entre los esposos.’ Dicha deducción la saca el Tribunal de varios hechos, que el fallo estima como indicios o conjeturas, por no ser ni con mucho pruebas de los ultrajes y maltratamientos.....; pues ninguno de los llamados indicios y conjeturas aparecen plenamente probados, pues tales indicios se deducirían de testimonios singulares, y en que los testigos no aparecen de acuerdo.”

Se considera:

Respecto al texto de la disposición del artículo 594 del Código Judicial, que se dice violado, estaría bien el cargo si las declaraciones en que se fundó el Tribunal se refirieran a haber tenido conocimiento indirecto de los hechos que relatan; pero los testimonios, generalmente, se refieren a palabras oídas o hechos presenciados personalmente por los deponentes. Así, esos testigos dicen “vi,” “oi,” “presenció” que entre Cadavid y su esposa ocurrió tal cosa. Aquí, por tanto, no se trata de hechos accesorios.

La prueba de los ultrajes la ha encontrado el Tribunal en las declaraciones tantas veces mencionadas, algunas de las cuales se refieren a hechos ultrajantes, acaecidos en época reciente a la demanda, y posteriormente. El Tribunal halló plenamente probados los ultrajes con pruebas directas, como son las que suministran los testimonios en cuestión. El testigo único forma, además, gran presunción, en armonía con el artículo 606 del Código Judicial.

El cargo es, por ende, infundado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide:

1º No es casable la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín el día cinco de abril de mil novecientos veintinueve.

2º Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito del Fresno, y por medio de apoderado, Elías González H. entabló juicio ordinario contra Emeterio Rodríguez para que se declare:

"1° Que le pertenece en dominio y propiedad a mi mandante Elías González H. los tres globos de tierra que por medios clandestinos está ocupando el demandado Rodríguez de la finca de Guineal o El Pensil, de esta jurisdicción, así:

"a) Un lote de terreno comprendido dentro de estos linderos:

'Del mojón del Azuceno, línea recta, al mojón del Carbonero; de aquí, línea recta, al copo del cerro de Payuco; de aquí, por todo el filo, hasta encontrar la puerta del camino del Cerro; de aquí, línea recta, al amagamiento del cogedero de agua; por éste, abajo, hasta encontrar la quebrada de Guineal; por ésta, arriba, hasta enfrentar con el alto de Guineal; de aquí, por todo el camino abajo, hasta el mojón del Azuceno, su primer lindero.'

"b) Un lote de terreno al sur del anterior, en el vértice de la quebrada de San Antonio y Ríosucio, alinderado así:

'Por el Norte, el lote anterior; por el Sur, Ríosucio; por el Oriente, la cuchilla de Payuco, y por el Occidente, la quebrada de San Antonio.'

"c) Un bosque o lote de gradual, que está talando actualmente, y linda: por el Occidente, con el primer lote ya mencionado, y por el Sur, Norte y Oriente, con terrenos de propiedad de mi mandante.

"d) Que los tres lotes de terreno que reivindico para mi poderdante, están comprendidos dentro de los linderos del perímetro que adquirió traditivamente de su causante Alejandro Ospina P., y que se encierran en los siguientes linderos:

'De la desembocadura de la quebrada de Santa Rosa en Ríosucio, siguiendo la quebrada arriba, hasta donde desemboca la quebrada del Chocho; de este punto, siguiendo la quebrada de El Chocho, arriba, hasta su nacimiento; de estos nacimientos al Alto del Chupo; de este alto, siguiendo camino abajo, para Aguasal, hasta el alto de Guineal, situado en el cruzamiento de los caminos de Colombia para Cabrera y de Aguasal para Barreto; de este alto de Guineal, línea recta, a la quebrada de Guineal; ésta, aguas abajo, hasta desembocar en la quebrada de San Antonio; ésta, aguas abajo, hasta desembocar en Ríosucio; éste, aguas abajo, hasta la desembocadura de la quebrada de Santa Rosa, primer lindero.'

"Incluso en este globo está el lote de terreno fijo y alinderado, que corresponde a la hijuela de la señora Valentina Rodríguez.

"2° Que por ser títulos meramente putativos los que tiene el demandado para detentar, como lo está haciendo, con ánimo de dueño, los lotes de terreno que reclamo, mediante acción de dominio, y entre ellos, el marcado número 104, de primero de octubre de mil ochocientos ochenta y ocho, tales títulos son nulos, o por lo menos que no le han dado la transferencia del terreno, ni la tradición en presencia de los títulos que acompaño y haré valer en juicio.

"3° Que dentro del término que se le señale debe restituir el demandado a mi mandante los lotes de terreno en la forma que lo dejó determinado, junto con el valor de los frutos naturales y civiles, percibidos desde la fecha que los ocupa, como así también los que en adelante perciba, y el valor de los deterioros que por su culpa haya sufrido el terreno.

"4° A pagar toda clase de perjuicios, los costos y gastos del juicio."

Trajo en su apoyo las disposiciones del Título 12, Libro II, del Código Civil, los demás que sean congruentes y los siguientes hechos:

"1° Por instrumento público número 69, de ocho de abril de mil novecientos uno, otorgado ante el Notario público de Honda, se disolvió y liquidó la compañía civil colectiva, que giraba bajo la razón social de González & Ospina, y mi poderdante adquirió, mediante ese título, en la distribución de bienes, los lotes del terreno de Guineal o El Pensil, que allí se mencionan y que corresponden a los linderos generales que dejó citados en la parte petitoria de esta demanda.

"2° Según la escritura número 506, de nueve de agosto de mil ochocientos noventa y siete, la cual se encuentra original en la Notaría del Fresno, y que haré llegar a los autos a su debido tiempo, otorgada por Francisco Rodríguez H. (padre del demandado) a favor de Alejandro Ospina P., en esta escritura consta que Rodríguez vende a Ospina P. sus derechos y acciones en el terreno en referencia, con todas sus anexidades.

"3° En la liquidación de la causa mortuoria de Policarpo Rodríguez, protocolizada en la Notaría de este Circuito, se le adjudicó al señor Alejandro Ospina P. dos lotes de tierra, por haber pagado la hijuela de gastos, y estos lotes están también comprendidos en la escritura de liquidación de la compañía que dejó mencionada.

"4° El demandado Rodríguez, con una escritura de apariencia, ha invadido el terreno adquirido por mi mandante por medios legítimos, exentos de todo fraude, ocupándolo, talando sus bosques, efectuando quemas y siembras, destruyendo maderas valiosas, que mi poderdante ha tenido destinadas para la explotación de sus minas, construcción de edificios y otros usos propios a la profesión a que está consagrado."

El demandado se opuso, y en el fondo negó los hechos.

Propuso las excepciones de petición antes de tiempo o de un modo indebido, la de prescripción extintiva, la de adquisitiva de dominio y la de nulidad de la escritura número 506, de nueve de agosto de mil ochocientos noventa y siete, traída por el actor como uno de los fundamentos de la acción.

El Juez sentenció así, el veintiocho de mayo de mil novecientos veintitrés:

"1° Declarar no probadas las excepciones propuestas por el demandado.

"2° Condénase a Emeterio Rodríguez a restituir a Elías González H., dentro del término de tres días, los lotes de terreno demarcados en la demanda.

"3° Condénase asimismo a Emeterio Rodríguez a entregar a Elías González H. los frutos naturales y civiles que hubieren producido los terrenos litigiosos desde la fecha de contestación de la demanda hasta el día en que verifiquen la entrega, ajustándose a la doctrina del artículo 964 del Código Civil, debiendo abonarse los gastos que hubiere empleado en producirlos.

"4° Elías González debe pagar a Emeterio Rodríguez los gastos que hubiere hecho en la conservación de la finca, y las mejoras útiles que hubiere plantado antes de la contestación de la demanda, ajustándose a las disposiciones de los artículos 965 y 966 *ibidem*.

"5° Asimismo debe permitir Elías González que Emeterio Rodríguez saque los materiales que hubiere invertido en obras útiles después de la constitución de la demanda, y los que hubiere invertido en mejoras voluptuarias en todo tiempo, si no quisiere pagarle en el uno o en el otro caso el valor que pudieran tener los materiales después de separados; y

"6° Condénase a Emeterio Rodríguez a pagar a Elías González las costas del presente juicio."

Con fecha catorce de diciembre de mil novecientos veintisiete, el Tribunal de Ibagué revocó el fallo de primera instancia, y absolvió al demandado.

El actor interpuso recurso de casación, que la Corte admite, por hallarse la demanda ajustada a derecho.

Alega la causal primera de la ley, y con fundamento en ella, formula varios cargos:

1° Violación de los artículos 555, 556, 575 y 733 del Código Judicial, por error de hecho y de derecho en la interpretación de la inspección ocular practicada por el Juez de la causa, el nueve de noviembre de mil novecientos veintiuno, y la confesión del demandado, hecha tanto en la contestación de la demanda como en la misma inspección ocular, confesión e inspección conforme a las cuales, dice el recurrente, quedó establecida la identidad del predio o conjunto de lotes poseídos por el demandado Rodríguez, y demandados por González H., y los deslindados en la demanda.

Se responde:

El Tribunal, después de relacionar los títulos presentados por el demandante, dijo:

"De lo anterior se desprende: que al demandante se le adjudicó en la liquidación de la Sociedad de Ospina & González, tres lotes, que a Ospina y esta Sociedad le fueron adjudicados en la sucesión de Policarpo Rodríguez por compra a Antonio Alvarado. Pero como los linderos de los lotes a que se refieren las hijuelas de adjudicación, no corresponden en su totalidad con los del predio cuya propiedad alega el demandante y con el terreno a que se refieren las ventas hechas por los herederos de Policarpo Rodríguez, tiene que concluirse que el actor no probó suficientemente que es dueño de aquel predio por los linderos expresados por él en la demanda. Es cierto que se trató de probar que dentro de los linderos de la finca cuya propiedad invoca el actor y a que se alude en la demanda, están los lotes que se quieren reivindicar, pero esto no es suficiente, pues debió probarse por González que es dueño de aquel predio, prueba que, como se dijo, no se presentó, ya que no coinciden los linderos de los terrenos a que se refieren las escrituras presentadas con los de la finca sobre la cual alega dominio el actor en su demanda. No basta que se pruebe propiedad sobre estos terrenos, para que se pueda concluir que se es dueño del predio que se reclama; si por su alinderación tales terrenos no coinciden los unos con los otros, debe acreditarse la identidad de ellos....."

A los conceptos anteriores se refiere el recurrente, y sostiene que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la interpretación de la inspección ocular ya citada, y la confesión contenida, tanto en la contestación de la demanda como en la misma inspección ocular,

confesión e inspección conforme a las cuales sí se estableció la identidad del predio o conjunto de lotes poseídos por Rodríguez y reclamados por González H., y los determinados en la demanda.

En la diligencia de inspección ocular a que el demandante se refiere, y a la cual concurrió el demandado Rodríguez, se dejó constancia de lo siguiente:

"Se procedió a reconocer los linderos de los lotes de terreno relacionados en los puntos a), b) y c) de la demanda, y por reconocimiento que se hizo de los linderos que a cada uno de estos lotes se le asignan en ella (la demanda), se puso de manifiesto que los referidos lotes se encuentran comprendidos dentro de los linderos generales relacionados en el punto d) de la misma demanda, los cuales son los siguientes:

'De la desembocadura de la quebrada de **Santa Rosa** en Ríosucio, siguiendo la quebrada arriba, hasta donde desemboca de (sic) quebrada de **El Chocho**; de este punto, siguiendo la quebrada de **El Chocho**, arriba, hasta sus nacimientos; de estos nacimientos al alto de **El Chupo**; de este alto, siguiendo camino abajo, para **Agua-sal**, hasta el alto de **El Guineal**, línea recta, a la quebrada de **Guineal**; ésta, aguas abajo, hasta desembocar en la quebrada de **San Antonio**; ésta, aguas abajo, hasta desembocar en Ríosucio; ésta, aguas abajo, hasta la desembocadura de la quebrada de **Santa Rosa**, primer lindero.'

"El demandado y su apoderado convinieron en que los lotes de que trata la demanda están comprendidos dentro de los linderos que se dejan expresados, haciendo la salvedad consignada en la contestación del traslado de la demanda."

En la contestación de la demanda, el demandado Rodríguez convino en estos hechos:

1° Que por la escritura número 69, de tres de abril de mil novecientos uno, otorgada en la Notaría de Honda, se liquidó la Compañía de González & Ospina, y por esa liquidación pasó a poder de González H. el terreno de **Guineal o El Pensil**, de que trata este punto, pero que esa tradición no tiene valor ninguno, por razones que expresará adelante.

2° Que por la escritura número 506, de nueve de agosto de mil ochocientos noventa y siete, de que se trata en el hecho segundo, otorgada por Francisco Rodríguez, padre del demandado, a favor de Alejandro Ospina, aquél vendió a éste sus derechos y acciones en la sucesión de Francisco Rodríguez, y vinculados en un globo de tierra denominado **Resguardos de indígenas de Bocaneme Viejo**, pero que esa escritura fue inválida por causa de nulidad, según sentencia proferida por el Juzgado del Circuito del Fresno, de fecha tres de octubre de mil novecientos trece, declarada ejecutoriada por el Tribunal Superior de Ibagué, en fallo de dos de septiembre de mil novecientos catorce, volviendo por esa declaración de nulidad, las cosas al estado anterior, o sea a ser de Francisco Rodríguez esos derechos, como lo expresa la escritura número 104, de primero de octubre de mil ochocientos ochenta y ocho, otorgada por Ulpiana Hidalgo.

3° Que también es cierto que en la sucesión de Policarpo Rodríguez se adjudicaron a Alejandro Ospina dos lotes de tierra para cubrir la hijuela de gastos, pero que tal adjudicación es nula, porque esos lotes no fueron identificados ni alinderados en el inventario que se practicó en la sucesión del citado Rodríguez, ni pertenecían a ella, por estar fuera del terreno de **Momponá**, único perteneciente a la sucesión de Policarpo, del cual ha debido sacarse tal hijuela; y

4° Que el demandado posee el terreno y lo ha ocupado, ejercitando actos de dominio, como señor y dueño, desde hace más de treinta años, no con una escritura de apariencia, sino en su condición—dice—de heredero, por la ocupación constitutiva de dominio, la posesión, agregando la de su padre, madre y su hermano Adriano, a quienes dice haber comprado sus derechos, según títulos que presenta.

Si se tiene en cuenta lo observado en la inspección ocular a que se refirió el autor del recurso, sobre que los linderos de los lotes y del terreno de que hacen parte, coinciden exactamente con los de la demanda, no sería ello suficiente para reconocer el error evidente del Tribunal en la apreciación de la prueba de inspección ocular, porque no constituye derecho el hecho de que los lotes y terreno materia de la demanda de reivindicación estén comprendidos dentro de los linderos especificados en la demanda. Esa conformidad debe resultar también con los títulos del demandante. Otro tanto sucede con lo que el demandado aceptó en la diligencia de inspección ocular, que se refiere a la conformidad que se halló entre los linderos de los lotes con los que trae la demanda.

Respecto de lo que también aceptó el demandado en la contestación de la demanda, se observa que tal respuesta tampoco es concreta y clara, en cuanto a los linderos que el demandante atribuye allí al terreno de que trata el hecho primero del libelo y que el demandado hubiera escogido: éste apenas confiesa que por la liquidación en ese hecho indicada pasó a poder del demandante el terreno de **Guineal** o **Pensil**, sin que se expresara en su respuesta que aceptaba los linderos allí indicados por el demandante. En la escritura a que se refiere el hecho segundo de la demanda, y que aceptó Rodríguez, no se mencionan linderos. Otro tanto aparece en cuanto a los lotes que adquirió Ospina, y de que trata la hijuela de gastos mencionada en el hecho tercero de la demanda, y además, el demandado Rodríguez dice expresamente que no se fijaron linderos a tales lotes en la misma hijuela. De modo que por no haber tenido en cuenta el Tribunal la inspección ocular y la contestación de la demanda a que se refiere el recurrente, no puede concluirse que hubiera violado por error de hecho las disposiciones que el último cita.

Segundo cargo. Violación de los artículos 681 del Código Judicial; 1758, inciso 2°, y 1759 del Código Civil.

En concepto del autor del recurso, el Tribunal violó estas disposiciones por error de hecho y de derecho. Lo primero, por haber desconocido la identidad de los lotes materia de la demanda, con los adjudicados al demandante González H. en la sucesión de Policarpo Rodríguez, tanto en la hijuela de gastos como en la proveniente de la compra de derechos que eran de Francisco Rodríguez, desconocimiento que proviene de sostener erróneamente el Tribunal que son dos los predios que pertenecían a Policarpo Rodríguez, en contraposición a la identidad de ellos, sostenida y demostrada por el demandante, y no negada por el demandado sino por su apoderado al final de la litis. Por error de derecho, al desconocer y apreciar mal los varios títulos aducidos por el demandante González H., entre los cuales figura la escritura número ochenta (80), otorgada ante el Notario del Fresno, el veintinueve de abril de mil novecientos doce, en que el señor Alejandro Ospina, corroborando o ratificando la adjudicación hecha a González en la liquidación de la Compañía de González & Ospina, por la escritura número 69, de tres de abril de mil novecientos uno, Notaría de Honda, declara ser de González

cuanto Ospina compró a Francisco Rodríguez por la escritura número 506, de mil ochocientos noventa y siete, Notaría de Herveo. Que, como consecuencia de esos errores, violó también el Tribunal los siguientes artículos del Código Civil, dejándolos de aplicar: el artículo 762, que hace cesar la presunción de dominio allí establecida en favor del poseedor, con la demostración de dominio de otro, porque el Tribunal sigue reputando dueño al demandado Rodríguez, a pesar de haber justificado González H. que es dueño verdadero; el artículo 946, en cuanto el Tribunal niega a González, dueño de los inmuebles demandados, la orden de restitución, que reconoce dicha disposición, y a despecho de haber ejercitado la acción que al dueño de una cosa poseída por otro da tal precepto; el artículo 756, según el cual la tradición de los bienes raíces se verifica con la inscripción del título en la respectiva Oficina de Registro, ya que en el caso aparece que se efectuó la tradición del dominio de los bienes que en la cadena de títulos relacionados se fueron pasando al demandante González, dueño actual, calidad que el Tribunal le niega; el artículo 757, porque registrada la partición de los bienes de Policarpo Rodríguez en la forma dicha, quedó inscrito el título que allí se formó sobre los bienes antes indicados a favor de González & Compañía y de Alejandro Ospina, como cesionarios de la viuda y de varios herederos, y por la liquidación de la sociedad últimamente nombrada, y la escritura de Ospina a González, todo lo adquirido en la partición y mortuoria de Rodríguez por los cesionarios pasó a ser de González, adquisiciones que niega el Tribunal; el artículo 765, porque, conforme a él, son justo título los actos legales de partición, lo cual no reconoce el Tribunal; el artículo 768, porque el Tribunal no reconoce que no es buena la fe del demandado Rodríguez en la posesión que tiene de los bienes, sin advertir que, conforme a esta disposición, es indispensable que concurren elementos cuya ausencia es patente en contra de Rodríguez, porque él no ignora los vicios de sus títulos, y porque hay pruebas en autos de que tenía que saber que los lotes materia del juicio, no le han pertenecido jamás. El artículo 846 del Código Judicial, porque la sentencia aprobatoria de la partición perjudica a cuantos en ella intervinieron, de los cuales uno es Francisco Rodríguez, por quien pretende hoy su hijo el dominio que alega, y con todo, el Tribunal evita que los efectos de esa sentencia comprendan a Emeterio Rodríguez. En último término, dice el recurrente, que Rodríguez no se ha defendido con la dualidad de predios sostenida a última hora por su apoderado, sino con los títulos de la mortuoria de su padre, la posesión de éste y la del mismo demandado, lo mismo que con la prescripción adquisitiva. Que sería curioso que el demandado se defendiera oponiendo la prescripción contra la demanda de reivindicación, y que al mismo tiempo se le considere como defendiéndose, por ser distinto el inmueble poseído por él y el reivindicado por González. Que la diferencia de linderos, proveniente de la diversidad de títulos, época y lotes, quedó aclarada con inspecciones oculares, peritazgos y declaraciones de testigos. Que el demandante ha aducido la hijuela y la sentencia aprobatoria de la partición con su registro en la mortuoria de Policarpo Rodríguez, y hay un error del Tribunal al apreciar dicha prueba, porque echa de menos la alinderación en el inventario, sin tener en cuenta que lo que constituye el título no es el inventario sino la adjudicación con la sentencia aprobatoria. Para concluir, dice el autor del recurso, que el Tribunal absolvió al demandado Rodríguez, tan sólo porque, como heredero y dueño de derechos de otro interesado en la mor-

tuoria de su padre (Francisco Rodríguez), se adjudicó en ésta lo que su padre había vendido, sin más disculpa que la compra hecha a Ulpiana Hidalgo, de lo que no era de ésta, porque por vías distintas (sucesión de Policarpo y cesiones) había pasado a otras manos.

Se considera:

Para negar el Tribunal la reivindicación demandada tuvo en cuenta, como se ha visto, que si bien al demandante se le habían adjudicado dos lotes y un terreno en la liquidación de la Compañía González & Ospina, y a esta Compañía se le habían adjudicado con anterioridad los mismos bienes en la liquidación de la mortuoria de Policarpo Rodríguez y Ulpiana Hidalgo, no coincidían en su totalidad los linderos de tales adjudicaciones con los del terreno cuya propiedad demanda el actor González, ni con los del terreno a que se refieren las ventas o cesiones hechas a Ospina por los herederos de Policarpo Rodríguez y Ulpiana Hidalgo.

A esto se observa:

Si se tiene en cuenta la escritura número cuarenta (40), otorgada en noviembre de mil ochocientos setenta y cinco, en la aldea del Fresno, Departamento del Tolima, los linderos del terreno de **Momponá** que ella señala, que fue el comprado por Policarpo Rodríguez a Antonio Guevara, y en el cual se localizaron las adjudicaciones hechas a Alejandro Ospina en la sucesión de Policarpo Rodríguez y Ulpiana Hidalgo, no coinciden y no comprenden la parte alta que se extiende hasta la quebrada de **Guineal** y el alto de **El Chupo**, que se mencionan en la hijuela de gastos, también hecha a Ospina en la misma sucesión, no solamente porque no se mencionan tales puntos en aquella escritura, sino porque, según ella, el lindero por ese costado va únicamente hasta **Piedragrande**, pasa a la cuchilla de **Payuco** y por ella hasta **Ríosucio**. De modo que en esa apreciación no hay error de ninguna clase de parte del Tribunal.

¿Tenía Policarpo Rodríguez dominio sobre esa parte del terreno que va hasta la quebrada de **Guineal** y el alto de **El Chupo**?

No resulta así de los términos y linderos de la citada escritura número cuarenta (40). Pero ya se considere esa parte alta como porción del terreno de **Momponá**, como lo declaran algunos testigos presentados por el actor González, o como terreno independiente de aquél, pero que poseyó también Policarpo Rodríguez por muchos años, según lo afirman otros testigos, es lo cierto que según lo expresa la hijuela de gastos formada a Alejandro Ospina en la sucesión de Policarpo Rodríguez, origen de los derechos de González H., al tenor de la escritura número 69, de abril de mil novecientos uno, Notaría de Honda, en un segundo inventario de la sucesión de Policarpo Rodríguez se incluyó aquella parte alta del terreno, y se dieron allí a Ospina dos lotes: el que arranca del alto de **El Chupo**, del cual no se trata en este juicio, y otro que, al tenor de tal hijuela, tiene estos linderos:

"Del alto denominado **El Guineo**, en línea recta, al amagamiento del mismo nombre; por éste, abajo, hasta donde desagua en la quebrada de **San Antonio**; por ésta, aguas abajo, hasta su desembocadura en **Ríosucio**; éste, abajo, hasta donde le sale la cuchilla de **Payuco**; siguiendo ésta, arriba, hasta encontrar el alto de **El Guineo**, su primer lindero."

Esa adjudicación a Alejandro Ospina de la hijuela de gastos, debidamente registrada, como aparece, perjudica al demandado Rodríguez, porque fue hecha en la suce-

sión de Policarpo Rodríguez, en que aquél intervino como parte y quedó en firme, que es lo que exige el artículo 846 del Código Judicial; y porque constituye un título traslativo de dominio a favor del demandado González, al tenor de lo que establece el artículo 765, inciso 2º, del Código Civil, por haber pasado a González con el mismo carácter, por la liquidación de la Compañía, de que da fe la escritura debidamente registrada, número sesenta y nueve (69), de abril de mil novecientos uno, Notaría de Honda, todo cuanto adquirió Alejandro Ospina en la sucesión de Policarpo Rodríguez y Ulpiana Hidalgo.

Ahora, comparando los linderos del segundo lote adjudicado a Ospina en esa hijuela de gastos con los linderos del lote que determina la letra **b)** de la demanda, se ve que este lote hace parte de aquél, porque tienen como comunes los linderos de los lados sur, oriente y occidente, o sea los de la quebrada de **San Antonio**, **Ríosucio** y la cuchilla de **Payuco**, desde donde ésta baja a **Ríosucio**, hasta el **amagamiento de Guineal**. En este punto la sentencia, en cuanto desconoce el dominio del demandante en dicho lote, es violatoria, por error de hecho y de derecho, en la apreciación de los títulos de la misma parte de las disposiciones que cita el recurrente en el cargo que se considera, y por lo mismo casable en ese punto.

No aparece igual claridad respecto de los lotes marcados con las letras **a)** y **c)** de la demanda. No se comprobó suficientemente que dichos lotes están comprendidos dentro de los dos que forman la hijuela de gastos. No en el primero de éstos, o de **El Chupo**, porque uno de sus linderos arranca del alto del mismo nombre, baja por el camino que conduce a la fracción de **Barreto** hasta el **Azuceno**, y vuelve a enfrentar con la quebrada de **El Chocho**. Tampoco en el lote de **El Guineal**, porque este lote tiene por límite en dicha hijuela la cuchilla de **Payuco** y el **amagamiento de Guineal**, hasta el alto de este nombre. Pudieron los lotes **a)** y **c)** de la demanda haber quedado comprendidos en el segundo inventario de la sucesión de Policarpo Rodríguez, ya que en el primer inventario lo excluyó expresamente Ulpiana Hidalgo, como denunciante de los bienes de la sucesión de Policarpo, por habérselo vendido ella como cuerpo cierto a Francisco Rodríguez por la escritura número ciento cuatro (104), de octubre de mil ochocientos ochenta y ocho, Notaría del Fresno; pero aquella sola inclusión no es suficiente título a favor del demandante, por no aparecer claramente que tales lotes hubieran sido adjudicados al demandante sobre la base de tal inclusión: el inventario no es por sí solo título de dominio.

No aparece tampoco que el lote **a)** de la demanda hubiera quedado comprendido dentro de las hijuelas de adjudicación a Alejandro Ospina, provenientes de las cesiones de los herederos de Policarpo Rodríguez y de Ulpiana Hidalgo, porque los linderos del terreno en que se localizaron esas cesiones alcanza, según esas hijuelas, únicamente hasta **Piedragrande**, por un costado, y si bien pasan a la cuchilla de **Payuco**, ya se vio que la misma denunciante de los bienes de la sucesión de Policarpo Rodríguez, Ulpiana Hidalgo, excluyó allí una parte de ese terreno al denunciarlo como de la sucesión de Policarpo Rodríguez, por habérselo vendido ella a Francisco Rodríguez. Así consta de la copia, folio 5, cuaderno de pruebas del demandado, en segunda instancia.

Pero sostiene el demandante, y en ello hace hincapié el recurrente, para hacer ver el error en que incurrió el Tribunal al apreciar los linderos en los títulos del actor, que precisamente el lote **a)** de la demanda fue la parte

del terreno de Guineal, vendido por Ulpiana Hidalgo a Francisco Rodríguez, padre del demandado, por la escritura número ciento cuatro (104), de octubre de mil ochocientos ochenta y ocho, Notaría del Fresno, Departamento del Tolima, antes citada, lotes que coinciden en sus linderos; y que como el mismo Francisco Rodríguez vendió luego a Alejandro Ospina por la escritura quinientos seis (506), de agosto de mil ochocientos noventa y siete, Notaría del Fresno, todos los derechos que el vendedor tenía, no sólo por herencia de Policarpo Rodríguez y Ulpiana Hidalgo, sino a cualquiera otro título, mal puede pretender el demandado Emeterio Rodríguez tener derechos en dicho lote a), siendo así que su padre se había desprendido de todo derecho en esas sucesiones por la última venta citada, es decir, en lo que había pasado a otras manos, para emplear los términos del recurrente.

A esto observa la Corte que el argumento sería concluyente, conforme al artículo 1401 del Código Civil, que regula los efectos de la partición, si estuviera demostrado que el expresado lote a) había quedado comprendido dentro de los linderos de las adjudicaciones hechas a Alejandro Ospina en aquellas sucesiones en que se hizo la cesión de Francisco Rodríguez; pero, como ya se dijo, tal cosa no se demostró. Por lo que hace al lote c) no se comprobó a qué adjudicación corresponde. Luego por no haber tenido en cuenta el Tribunal que Francisco Rodríguez cedió a Alejandro Ospina todos los derechos que en el lote a) había adquirido el primero de Ulpiana Hidalgo, o sea por mala apreciación de las escrituras ciento cuatro (104), de octubre de mil ochocientos ochenta y ocho, y quinientos seis (506), de agosto de mil ochocientos noventa y siete, ambas de la Notaría del Fresno, Departamento del Tolima, no puede concluirse rectamente que el sentenciador hubiera violado por error de hecho y de derecho las disposiciones que cita el recurrente, dejándolas de aplicar. Por este aspecto no es, pues, casable el fallo.

Para resolver en instancia, en la parte que se casa, se observa:

Ya se dijo porqué es procedente la reivindicación del lote marcado con la letra b) de la demanda. El demandado alegó contra dicha acción varias excepciones:

1ª La de petición antes de tiempo o de un modo indebido, consistente en que habiendo promovido el demandante González juicio ordinario sobre nulidad de la sentencia que invalidó la escritura número quinientos seis (506), de nueve de agosto de mil ochocientos noventa y siete, Notaría del Fresno, no podía entablar con ella nueva acción, menos la reivindicatoria, mientras no se decidiera y declarara revalidado tal título.

Como única prueba de esta excepción invocó el demandado un dictamen pericial producido en este juicio, del cual aparece que González H. promovió juicio de nulidad de la sentencia en que se le negó la exclusión de un lote de terreno llamado **El Pensil**, jurisdicción del Fresno, en la sucesión de Francisco Rodríguez, conforme a la escritura número quinientos seis (506), a que se refiere esta excepción. Pero no consta que en el juicio en que se apoya la excepción se hubiera ejercitado la acción reivindicatoria, que es de la que se trata en el presente, la cual es distinta, no sólo de la acción de nulidad sino de la exclusión de bienes en un inventario, que fue la decidida en el juicio a que el demandado se refiere; en ese fallo no aparece que se hubiera decidido sobre nulidad del título de González H.; la excepción, por lo mismo, no puede prosperar.

Segunda excepción—Prescripción extintiva del derecho del demandante González.

Como sólo se reconoce la reivindicación demandada respecto del lote b) de la demanda, únicamente en orden a este lote hay que considerar tal excepción. Esta se funda en estos hechos: en que la escritura quinientos seis (506) de agosto de mil ochocientos noventa y siete, está invalidada; en que el demandante González H. no ha tenido nunca la posesión material de dicho lote ni de los demás que se reivindican, ni la tuvo su causante Alejandro Ospina; y en que el demandado sí ha tenido la posesión de dicho lote y lo ha ocupado con ánimo de señor y dueño por más de treinta años, como heredero de su padre Francisco Rodríguez, y comprador de los derechos de Adriano, del mismo apellido, hijo de Francisco y hermano del demandado, agregando éste a su posesión la que habían tenido sus antecesores.

A lo primero se observa que no aparece, como atrás se dijo, que haya sido invalidada la escritura número quinientos seis (506), de agosto de mil ochocientos noventa y siete, a que el demandado se refiere.

Que el demandante no ha tenido nunca la posesión material del lote objeto de la reivindicación. A esto se observa que ha sido constante la doctrina de la Corte, en el sentido de que para reivindicar no es necesario que el reivindicador haya tenido antes la posesión material de la cosa, porque así no lo exige el artículo 946 del Código Civil. Tal doctrina resulta, entre otros, de los fallos de casación de doce de julio y treinta de noviembre de mil novecientos veinte. (Tomo 28, páginas 108 y 226 de la *Gaceta Judicial*).

Por otra parte, no está comprobado que el título de venta de derechos y acciones que al demandado le otorgó Adriano Rodríguez, hijo de Francisco Rodríguez, o sea la escritura número ciento cincuenta y ocho (158), de trece de junio de mil novecientos quince, Notaría del Fresno, Tolima, se refiere al lote marcado con la letra b), cuya reivindicación se reconoce atrás. Además, si bien es cierto que los testigos David Hernández, Demetrio Martínez, Angel María Guarín, Antonio Díaz Parra y Patricio Giraldo, presentados por el demandado, declaran que por directas y personales percepciones les consta que tanto Emeterio Rodríguez como sus hermanos y el padre de éstos (Francisco Rodríguez), han estado ocupando quieta y pacíficamente los lotes materia de la demanda por más de treinta años, y ejecutado en ellos actos de dominio, como corte de maderas, refacción de casas, etc., y que cuando murió Francisco Rodríguez, padre del demandado, siguió éste con sus hermanos en la posesión quieta y pacífica de tales lotes, también aparece de varias declaraciones presentadas en este juicio por el demandante González, que desde el año de mil ochocientos noventa y siete, en que Francisco Rodríguez, padre del demandado, le otorgó a Alejandro Ospina la escritura número quinientos seis (506), de agosto de mil ochocientos noventa y siete, Ospina y su sucesor el demandante han ejercitado también actos de dominio en el terreno a que se refiere la venta o cesión contenida en dicha escritura. De modo que aunque dicha venta no fue de cuerpo cierto sino de derechos y acciones, y admitiendo que correspondiera esa posesión con la del lote cuya reivindicación se reconoce, tal posesión del demandado no sería exclusiva, como es indispensable que lo sea, para los efectos de la prescripción, ya ordinaria o extraordinaria. La posesión conjunta o de los coherederos no tiene ese carácter. (Casación de 22 de julio de 1925, *Gaceta Judicial*, tomo XXXI, 304, 1ª). No puede,

pues, reconocerse que el demandante González H., como sucesor de Alejandro Ospina, hubiera perdido su derecho en el lote de que se trata.

Tercera excepción—Prescripción adquisitiva de dominio por parte del demandado.

Fundóse en los mismos hechos de la excepción anterior. Si no aparece probado, como no consta, que el demandante hubiera perdido su derecho al lote de que se trata, por prescripción extintiva, tampoco lo ha adquirido el demandado por prescripción de treinta años o de diez, por lo que se deja expuesto.

También ha alegado el demandado que al demandante se le negó la acción de exclusión de los lotes materia de la demanda en la sucesión de Francisco Rodríguez, y que en juicio de deslinde promovido por el mismo demandante González H. contra Francisco Rodríguez, hijo, se amparó al demandado en la posesión de dichos lotes.

A esto se observa que es cierto que, de acuerdo con el fallo del Juez del Circuito del Fresno, confirmado por el Tribunal Superior de Ibagué (folios 33 a 38 del cuaderno número 1°), se negó al demandante tal exclusión, y que en el juicio de deslinde a que el demandado se refiere, se amparó a Francisco Rodríguez, hijo, en la posesión de algunos de los lotes que son materia de la demanda; pero la acción de exclusión, como se ha dicho, es distinta de la reivindicatoria que hoy ejercita el demandante, lo mismo que es distinta de la acción de deslinde; y, por otra parte, el deslinde a que el demandado se refiere, no se hizo valer contra él mismo sino contra su hermano Francisco, quien no aparece obrara allí en nombre de la sucesión de su padre, del mismo nombre y apellido, para que le aprovechara el fallo.

No estando, pues, probadas las excepciones alegadas por el demandado respecto del lote **b)** de la demanda, reclamado por Elías González H., con apoyo en la hijuela de gastos formada a Alejandro Ospina en la sucesión de Policarpo Rodríguez, y sobre el terreno de **Guineal** o **Pensil**, debe decretarse la reivindicación de dicho lote, como se pide en el punto tercero de la demanda.

Conforme al artículo 964 del Código Civil, el demandado debe restituir los frutos del lote que se le ordena entregar como poseedor. Para esta restitución debe tenerse en cuenta si el poseedor Rodríguez es de buena o de mala fe. Estima la Corte que el solo hecho de que aquél no tenga a su favor un título eficaz de aquel lote, no lo acredita como poseedor de mala fe, sino como poseedor irregular, que a la vez puede conservar el carácter de poseedor de buena fe, al tenor de lo que establece el inciso 3° del artículo 764 del Código Civil. Así lo resolvió la Corte en un caso semejante, como se ve en el fallo de diez y seis de julio del corriente año. Además, aparece que el demandado Rodríguez ha tenido por lo menos una posesión conjunta de aquel lote por un lapso de tiempo alrededor de treinta años, con cultivos de carácter permanente, y que, según lo reconoce el mismo demandante, lo han amparado las autoridades. Por estos motivos la Sala considera al demandado Rodríguez como poseedor de buena fe, para el efecto de la restitución de frutos que ha de hacer, y por lo mismo, lo condena a pagar los que percibiera después de contestada la demanda, y a los que el demandante hubiera podido percibir desde la misma fecha, con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder, deduciéndose a favor del demandado el valor de los gastos empleados en la producción de tales frutos y el de las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, y las

mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda, de acuerdo con los artículos 965 y 966 del Código Civil. Tanto el valor de los frutos y gastos, como el de las expensas y mejoras que se reconocen, se determinarán en juicio separado, que puede ser sumario.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia de fecha catorce de diciembre de mil novecientos veintisiete, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en este juicio, en cuanto niega la reivindicación del lote **b)** de la demanda con sus accesorios, reforma la de primera instancia, y en su lugar resuelve:

1° Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el demandado Emeterio Rodríguez, respecto del lote marcado con la letra **b)** de la demanda.

2° Condénase al mismo demandado a restituir a Elías González H., dentro de tres días después de notificado el auto de obediencia de este fallo en el Juzgado del Circuito del Fresno, el lote de terreno de que trata el punto anterior, por los siguientes linderos:

"Del alto de **El Guineo**, en línea recta, al amagamiento del mismo nombre; por éste abajo, hasta su desembocadura en la quebrada de **San Antonio**; por éste, aguas abajo, hasta su desembocadura en Ríosucio; éste, abajo, hasta donde le sale la cuchilla de **Payuco**; siguiendo ésta, arriba, hasta encontrar el alto de **El Guineo**, su primer lindero."

3° Condénase al mismo demandado a pagar al demandante Elías González H. los frutos naturales y civiles del lote que se acaba de determinar, desde la contestación de la demanda hasta que se haga la entrega, y no sólo los frutos percibidos, sino los que el demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, deduciendo a favor del demandado el valor de los gastos hechos por éste en la producción de tales frutos. El valor de estos frutos y gastos se determinará en juicio separado, que puede ser sumario.

4° El demandante reconocerá y pagará al demandado el valor de las expensas necesarias en la conservación del lote, y el de las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda, de acuerdo con los artículos 965 y 966 del Código Civil, valores que se determinarán en juicio separado.

5° Mantiénese la absolución del demandado en la parte de la sentencia que no se casa respecto de los demás cargos de la demanda.

6° No hay costas en las instancias ni en este recurso.

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

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en su carácter de apoderado del Municipio de Zetaquirá, en libelo de fecha diez y seis de julio de mil

novcientos veintisiete, el doctor Julio César Camargo, por la vía ordinaria, pidió que con audiencia del señor Fiscal del Tribunal Superior, en sentencia definitiva, se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que se condene al Departamento de Boyacá, demandado, a pagar a mi mandante la cantidad de ciento noventa y cinco pesos con sesenta y cinco centavos (\$ 195-65) moneda corriente, que le debe del diez por ciento del producto bruto de la renta de licores destilados, en el año de mil novecientos veintiséis, y que le corresponde legalmente por la participación que tienen en dicha renta, de acuerdo con el producto bruto a que ascendió en dicho año.

"Segunda. Que la participación a que tiene derecho el Municipio de Zetaquirá, mi poderdante, no es sobre el consumo allí, sino sobre el diez por ciento del producto bruto de la misma renta en el Departamento.

"Tercera. Que se obligue a pagarle a mi mandante, además, los intereses de la cantidad precitada, desde que el deudor se constituyó en mora, hasta el día del pago, y a la rata que fije la sentencia; y

"Cuarta. Que ordene que el pago se haga dentro de los seis días siguientes al en que quede ejecutoriada la sentencia definitiva que recaiga en este juicio."

Como razón jurídica de la acción intentada, adujo lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 8ª de 1909, según el cual "del producto bruto de las rentas cedidas por esta Ley a los Departamentos, se destinará el diez por ciento de la de licores y degüello para los Municipios."

Y como hechos generadores de la acción, presentó los siguientes:

"1º El diez por ciento del producto bruto de la renta de licores destilados a que tiene derecho el Municipio de Zetaquirá en el año de mil novecientos veintiséis, asciende a la suma de doscientos cincuenta y cuatro pesos con treinta y cuatro centavos (\$ 254-34).

"2º El Municipio de Zetaquirá recibió únicamente la suma de cincuenta y ocho pesos con sesenta y ocho centavos (\$ 58-68), por cuenta del diez por ciento en la renta de licores destilados, en el año de mil novecientos veintiséis.

"3º El producto bruto total de la renta de licores destilados en el Departamento, ascendió a la suma de trescientos quince mil trescientos noventa y un pesos (\$ 315.391) moneda corriente, en el año de mil novecientos veintiséis, según aparece del informe rendido por el señor Secretario de Hacienda al señor Gobernador del Departamento, en enero último; y

"4º El pago al Municipio de Zetaquirá se hizo por el estanquero respectivo, mediante la presentación de recibos o cuentas de cobro, suscritos por el Tesorero Municipal y visados por el Alcalde y por el Presidente de la Municipalidad."

Admitida la demanda y corrido el traslado al señor Fiscal, la contestó oponiéndose "a que se hagan las declaraciones demandadas, porque con dichas declaraciones se violarían las Ordenanzas 23 de 1911 y 14 de 1926 y los decretos reglamentarios de la última, números 62 y 202 de 1926, actos que se hallan en vigencia, por no haber sido declarados nulos por la autoridad competente para ello."

"Los artículos 2º y 3º de la Ordenanza 23 de 1911—continúa el Fiscal—dejan comprender muy bien que el diez

por ciento que a cada Municipio corresponde, es el diez por ciento de lo que en el mismo Municipio produzca el remate de la renta de licores. A esta conclusión se llega claramente con la simple lectura de las disposiciones citadas, las cuales se refieren al caso de que la renta haya sido rematada. El artículo 9º de la Ordenanza 14 de 1926 determina el tanto por ciento que pueda tomarse de la renta de licores para la administración de la misma e indica que ese porcentaje se tomará deducidos los gastos de producción.

"El artículo 27 del Decreto 202 de 1926 detalla la operación aritmética que debe hacerse para sacar el diez por ciento que corresponde al respectivo Municipio e indica el lugar en que debe hacerse el pago, a quién debe hacerse y cuáles deben ser las formalidades de la cuenta de cobro respectiva."

Trabada así la litis y satisfecha la tramitación legal correspondiente, el Tribunal puso término a la controversia, según el fallo de fecha diez y nueve de abril de mil novecientos veintiocho, absolviendo en primera instancia al demandado de los cargos que le aparecen formulados. Y como el representante del actor interpuso el recurso de apelación ante la Corte, que le fue legalmente concedido, subieron los autos a este Despacho, donde tramitada la segunda instancia con la plenitud de las formas que le son propias, se procede a decidir lo que se estima jurídico, mediante las siguientes consideraciones:

El Tribunal sentenciador hace el siguiente análisis de los documentos traídos al proceso como demostrativos de los hechos fundamentales de la acción:

"Copia auténtica de la sentencia proferida por el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo del Departamento el veintisiete de julio último. Este documento, por tener las condiciones señaladas en los artículos 678 y 679 del Código Judicial, hace plena prueba, conforme al artículo 681 ibidem, acerca del hecho a que se refiere, o sea al de que aquella corporación, como Tribunal de primera instancia, declaró nulo el parágrafo del artículo 9º de la Ordenanza número 14 de 1926, dictada por la Asamblea de Boyacá.

"El artículo 9º dice así:

"El Gobierno podrá disponer, con destino a gastos de administración, vigilancia y fiscalización, hasta el siguiente porcentaje de cada renta del producto bruto, así:

"a) En la de licores fermentados nacionales y destilados extranjeros, el diez y ocho por ciento (18 por 100).

"b) En la de licores destilados nacionales y tabaco, el veinticinco por ciento (25 por 100).

"Parágrafo. El porcentaje de la renta de licores destilados nacionales se tomará deducidos los gastos de producción."

"Es decir, el parágrafo señala el modo como se computa el porcentaje destinado a los gastos de que trata el primer inciso, en relación a la renta de licores destilados nacionales.

"No obstante, la declaratoria de nulidad la fundó el Tribunal en el concepto de que el parágrafo era contrario al artículo 12 de la Ley VIII de 1909, según el cual el diez por ciento (10 por 100) del producto bruto de las rentas de licores y degüello en cada Departamento se destina a los Municipios.

"Empero, obvio es, el documento de que se viene tratando no demuestra la insubsistencia del párrafo aludido, porque la sentencia que contiene no apareja ejecutoria..

"Copia auténtica del Decreto número 202 de 1926, orgánico de la renta de licores destilados, dictado por el Gobernador del Departamento, en el cual se encuentra el artículo 27, que señala el procedimiento adoptable para pagar a los Municipios la participación que les corresponde en esta renta, conforme al citado artículo 12 de la Ley VIII de 1909. El artículo 27 dice:

"El pago de la participación de los Municipios en la renta de licores destilados, se hará en cada Municipio en el estanco respectivo y de acuerdo con las siguientes reglas:

"Computado al fin de cada mes el producto general de la renta en dinero, se descuenta de él el cincuenta por ciento (50 por 100), parte en que se calculan el costo de producción de los licores y los gastos de administración de la renta, y de la cantidad que quede descontando el cincuenta por ciento (50 por 100) que constituye el producto neto de la renta, se deduce el diez por ciento (10 por 100) que corresponde al Municipio, que se cubre mediante la presentación de un recibo o cuenta de cobro en un solo ejemplar suscrito por el Tesorero Municipal y visado por el Alcalde y por el Presidente del Concejo.

"La copia del Decreto a que se alude, que también hace plena prueba porque reúne las condiciones que exigen los artículos 678 y 679 antes citados, establece que desde la vigencia de aquél, la participación de los Municipios en la renta de licores destilados nacionales, se ha computado sobre el producto líquido de dicha renta, y no sobre el producto bruto ordenado por la ley.

"Una certificación dada por el administrador de las rentas departamentales, que comprueba el hecho consistente en que el producto total de la venta de licores en el Municipio de Zetaquirá, en el año de mil novecientos veintiséis, ascendió a la cantidad de mil doscientos treinta y un pesos con sesenta centavos (\$ 1,231-60).

"Copia auténtica del informe rendido por el Secretario de Hacienda al Gobernador de Boyacá, en relación al movimiento del ramo en el año de mil novecientos veintiséis, con el cual se encuentra demostrado que el producto total de la venta en aquel año fue la suma de doscientos noventa y cinco mil noventa y seis pesos con setenta y cuatro centavos (\$ 295,096-74), y que en el mismo año se recaudó la cantidad de veinte mil doscientos noventa y cuatro pesos con veintiséis centavos, (\$ 20,294-26), provenientes de los contratos de arrendamiento anteriores; total, \$ 315,391.

"Y como ningún otro hecho se encuentra comprobado en autos, se deduce que de los invocados como fundamento de la demanda ninguno se encuentra demostrado.

"En efecto: no se encuentra demostrado que el producto bruto de la renta de licores destilados en el Departamento, sobre el cual debe hacerse el cómputo del diez por ciento correspondiente a los Municipios, hubiese ascendido en la vigencia fiscal de mil novecientos veintiséis a la cantidad de trescientos quince mil trescientos noventa y un pesos, porque en dicho año y en virtud de lo dispuesto en la Ordenanza VIII de 1925, la

administración de la renta se hizo directamente por el Departamento desde cuando iban expirando los contratos de arrendamientos celebrados dentro del anterior régimen administrativo, de tal manera que, por motivo de la administración directa, el Departamento tuvo que invertir determinado capital en la compra de licores destilados, para darlos al consumo, y hoy hace análoga inversión, aun cuando en menor escala, en la adquisición de las materias primas necesarias para la destilación en la fábrica de su propiedad. A confirmar el hecho de que el Departamento invirtió un capital propio en la compra de licores destilados, con destino a la renta en el año de mil novecientos veintiséis, viene la ordenanza de aquel año que fijó el presupuesto para el mismo tiempo; la cual en su artículo 159 señaló la suma de sesenta y cinco mil pesos (\$ 65,000) para los gastos de producción o compra de licores y administración de la renta de licores destilados nacionales, de donde se deduce que hallándose englobado ese capital dentro de la cantidad de trescientos quince mil trescientos noventa y un pesos (\$ 315,391), el producto bruto sólo podría determinarse descontando de dicha cantidad el capital invertido en la compra de licores. De aquí que el artículo 27 del Decreto número 202 de 1926, respecto al cual, dicho sea de paso, no se ha probado ni siquiera alegado, declaratoria de nulidad, prevenga el descuento del cincuenta por ciento (50 por 100) del producto general de la renta, cantidad en que estimó el Gobierno los gastos de producción de licores y de administración de la renta, y que sobre el resto se compute el diez por ciento (10 por 100) que corresponde a los Municipios. No quiere decir esto que la Sala estime legal el artículo citado, y no lo estima porque al incluir dentro del descuento previo, para computar el diez por ciento (10 por 100), destinado a los Municipios, el valor de los gastos de administración de la renta, no hizo otra cosa que disponer el que dicho diez por ciento (10 por 100) se tomase del producto líquido de la misma, poniéndose con ello en pugna con la ley. Tampoco estima la Sala bien empleada la locución "producto bruto" para designar el valor a que ascendió la venta de licores monopolizados en el año de mil novecientos veintiséis, porque el capital no es renta ni hace parte de ella; él sirve para producirlo o para concurrir a su producción.

"Tampoco se encuentra comprobado que el diez por ciento (10 por 100) del producto bruto de la renta de licores destilados correspondiente al Municipio de Zetaquirá en el año de mil novecientos veintiséis, ha debido equivaler a la cantidad de doscientos cincuenta y cuatro pesos con treinta y cuatro centavos (\$ 254-34), porque no se trajo prueba de este hecho, ni él puede deducirse, toda vez que se ignora el monto del producto sobre el cual debe liquidarse.

"No se encuentra comprobado, porque no se trajo al proceso prueba alguna conducente a ello, el hecho de que el Municipio de Zetaquirá hubiese recibido como partícipe de la renta de licores monopolizados en el año de mil novecientos veintiséis, la cantidad de cincuenta y ocho pesos con sesenta y nueve centavos (\$ 58-69); y finalmente, tampoco existe en el expediente prueba de que esta cantidad se hubiese pagado en la forma que relata el 4º fundamento de hecho de la demanda.

"No encontrándose probados los hechos fundamentales de la demanda, es obvio que no se puede concretar el derecho invocado por el demandante y, en consecuen-

cia, que la existencia de la obligación cuyo cumplimiento se demanda, no se encuentra demostrada en el proceso.

"Quiere esto decir que no se deben hacer las declaraciones primera, tercera y cuarta de que trata la parte petitoria de la demanda, porque éstas son consecuencia de aquélla y la primera no tiene fundamento distinto de los hechos relacionados en la misma demanda, los cuales, como se vio, se encuentran desprovistos de prueba."

Y finalmente, el mismo Tribunal hizo el siguiente comentario:

"Sólo resta por averiguar si la segunda declaración que se solicita en el libelo debe ser o no hecha por el Tribunal.

"Esta declaración equivaldría a decidir que la participación del Municipio de Zetaquirá, y con él la de todos los del Departamento, en la renta de licores monopolizados, debe ser, no el diez por ciento del producto bruto de la renta en el Municipio, sino cierta cantidad que como cociente resultara de dividir aquélla que representara el diez por ciento (10 por 100) del producto bruto de la renta en el Departamento por el número de Municipios que lo constituyen.

"El artículo 12 de la Ley VIII de 1909, expedida por la Asamblea Nacional, del cual derivan los Municipios sus derechos a participar en la renta de licores monopolizados, dice así en su primer inciso:

"Del producto bruto de las rentas cedidas por esta Ley a los Departamentos, se destinará el diez por ciento (10 por 100) de la de licores y degüello para los Municipios."

"No aclaró la Ley si la participación de cada Municipio debía equivaler al diez por ciento (10 por 100) del producto bruto de la renta en el mismo, o al cociente a que antes alude; circunstancia por la cual quien debía y debe darle cumplimiento, es decir, el Gobierno del Departamento, se vio en la necesidad de interpretarla, y al efecto dictó el artículo 27 del Decreto número 202 de 1926, que ya se reprodujo, en el sentido de que la participación de cada Municipio debía computarse sobre el producto en el mismo.

"Estima la Sala que la interpretación que mejor consulta los principios de equidad y espíritu de la ley, es la de que la participación de cada Municipio en la renta de licores monopolizados debe liquidarse sobre el producto bruto de ella en el mismo, porque así como el aprovechamiento de los Departamentos en dicha renta en virtud de la cesión que de ella le hizo la Nación, versa únicamente sobre el producto en cada cual, igualmente los Municipios deben aprovechar su participación en proporción directa a lo que producen."

Esta exposición que la Corte acoge por estimarla jurídica, sería suficiente para desatar la litis; sin embargo, se estima conveniente observar que el señor Fiscal del Tribunal, que contestó la demanda, estampó estos conceptos:

"Me opongo a que se hagan las declaraciones demandadas porque con dichas declaraciones se violarían las Ordenanzas 23 de 1911 y 14 de 1926, y los decretos reglamentarios de la última, números 62 y 202 de 1926, actos que se hallan en vigencia por no haber sido declarados nulos por la autoridad competente para ello."

En un asunto semejante y refiriéndose a las consecuencias de esta oposición, la Corte declaró:

"Ya desde la primera instancia el actor había traído a los autos copia de la sentencia proferida por el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Tunja, con fecha veintisiete de julio de mil novecientos veintisiete, empero, como en su parte resolutive se dispuso que se consultara tal fallo con el Consejo de Estado, no obstante el auto para mejor proveer dictado por esta Sala, ha sido imposible obtener el dato acerca de la resolución definitiva que comporte la cosa juzgada en el negocio relativo a la validez del parágrafo del artículo 9° de la Ordenanza número 14 de 1926, y de consiguiente hay que admitir como cierto lo aseverado por el señor Fiscal respecto a la vigencia de tal disposición para deducir luego que mientras no fuera anulada, producirá todos sus efectos y que las declaraciones pedidas equivalían a que el Poder Judicial hiciera tal anulación, sin tener competencia para ello.

"Es preciso observar que las consecuencias jurídicas de las alegaciones del señor Fiscal son verdaderamente trascendentales con respecto a la decisión final de este negocio, porque si la declaratoria de nulidad de las disposiciones administrativas que, según el demandante, vulneran los derechos del Municipio de Tinjacá, es previa o debe ser anterior al nacimiento del derecho de tal Municipio; y si tal declaración debe corresponder a la jurisdicción contencioso administrativa, pedir al Poder Judicial que reconozca tales derechos sin la demostración plausible de que esas disposiciones fueron anuladas, equivale a exigirle que teniéndolas por nulas, reconozca los derechos que se dice ellas menoscaban. Y si el nacimiento del derecho del Municipio está subordinado a la declaración de nulidad dicha, es porque esta declaración es elemento esencial al nacimiento del derecho, algo así como la causa generadora de la obligación del Departamento respecto del Municipio demandante.

Y por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia que se revisa.

Sin costas.

Cópiese y notifíquese; insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL — Enrique A. Becerra.
Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, junio siete de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el doctor Juan Uribe Cualla, como apoderado legal de las sociedades colectivas de comercio que giran en esta ciudad bajo las razones sociales de Camacho Rolán & Tamayo; G. Feherman & Compañía; Stella Hermanos, y de los señores Sergio Martínez Aparicio, Guillermo Martínez Toro y Eduardo Rojas Iregui, promovió demanda ordinaria contra la Nación para que, con citación y audiencia de uno de los Fiscales de la corporación, se hiciesen las siguientes declaraciones:

"Primera. Que el Gobierno Nacional, por conducto de la Tesorería General de la República o de la entidad

a quien corresponda, debe admitir, pagar y amortizar, en las condiciones y términos señalados por los artículos 17 a 23 de la Ley 61 de 1921, los vales del Tesoro de que mis representados son dueños, y cuyos números se expresan a continuación, o los números que en el curso de este juicio se demuestren:

"Trescientos diez y ocho vales, de propiedad de Camacho Roldán y Tamayo, de valor de \$ 20 cada uno, correspondientes a los números 58,801 a 58,850; de 58,401 a 58,500; de 58,901 a 58,992; de 59,153 a 59,162; de 59,184 a 59,200; de 59,251 a 59,265; y de 59,267 a 59,300.

"Treinta vales de propiedad de Stella Hermanos, de valor de \$ 20 cada uno, correspondientes a los números 58,851 a 58,880.

"Setenta y cinco vales de propiedad de G. Feherman y C", de valor de \$ 20 cada uno, correspondientes a los números 58,001, 58,052 a 58,075, y de 59,201 a 50,250.

"Doscientos vales de propiedad del señor Guillermo Martínez Toro, del mismo valor, de \$ 20 cada uno, correspondientes a los números: de 58,701 a 58,800; y de 59,001 a 59,100.

"Cien vales de propiedad del señor Eduardo Rojas Iregui, de igual valor de \$ 20 cada uno, comprendidos entre los números 58,301 a 58,400; y

Ciento noventa y dos vales de propiedad del señor Sergio Martínez Aparicio, de valor de \$ 20 cada uno, igualmente, comprendidos entre los números de 58,501 a 58,594; de 58,550 a 58,600; de 58,622 a 58,635; de 58,658 a 58,671; de 58,601 a 58,604; de 58,243 a 58,250; de 58,201 a 58,206; de 58,210 a 58,213; de 58,207 a 58,209; de 58,215 a 58,217; de 58,218 a 58,227; de 58,214 a 58,228; de 58,605 a 58,608; de 59,609 a 58,611; de 58,612 a 58, 613; y de 58,620 a 58,621.

"Segunda. Que la Nación debe pagar a mis poderdantes los perjuicios que se les han ocasionado por no haberseles admitido, ni pagado, ni amortizado oportunamente y en los términos de la ley citada, los referidos vales, debiéndoseles pagar como monto de tales perjuicios la suma que se acredite pericialmente dentro de este juicio, o en otro juicio separado."

Los hechos fundamentales de la demanda son los siguientes:

"1º Mis poderdantes son dueños de los vales que se han mencionado, por haberlos adquirido de buena fe y a justo título.

"2º Los vales en referencia se editaron en las planchas de la Litografía Nacional, que hizo la emisión de esos vales.

"3º La edición se hizo en papeles destinados por el Gobierno Nacional para tal efecto.

"4º Los vales en mención están sujetos en su forma, contenido y detalles, a las disposiciones de la Ley 61 de 1921, y a los reglamentos del Gobierno sobre emisión de papeles de crédito público.

"5º Los caracteres esenciales de los vales de que son dueños mis poderdantes, son idénticos a los de los vales que el Gobierno ha emitido y reconocido en sus oficinas recaudadoras.

"6º El Gobierno Nacional ha rechazado como ilegítimos los vales de que son dueños mis representados, y la mayor parte de ellos se les han decomisado a las per-

sonas y entidades a cuyo nombre hablo, por oficinas de la Policía Nacional, a virtud de denuncia que al efecto formularon agentes del Gobierno.

"7º El Gobierno ha amortizado vales idénticos a los de que son dueños mis representados, no sólo en cuanto a sus condiciones esenciales, sino con relación a los más pequeños detalles, que no son esenciales.

"8º Los vales de que son dueños las entidades y personas que represento, pertenecen a una emisión que se llevó a cabo por el Gobierno, a virtud de la repetición de números que ya habían sido editados.

"9º Esta emisión, a pesar de ser repetida, no se incineró por el Gobierno, sino que salió al mercado de papeles de crédito público; y

"10. En la Tesorería General de la República se han recibido como legítimos, vales idénticos a los de que son dueños los citados señores y entidades que represento."

Es causa o razón de esta demanda, dijo el apoderado, el hecho "de ser dueños mis representados de los vales del Tesoro, cuyo reconocimiento demandan, de haberse rechazado tales instrumentos de crédito por orden del Gobierno Nacional y haberseles decomisado en virtud de Resoluciones dictadas por funcionarios de Policía, por denuncia dado por el propio Gobierno."

La demanda fue admitida y dada en traslado al Fiscal del Tribunal, quien la contestó inoportunamente, por lo cual, a petición del demandante, se declaró que esa contestación no podía tenerse en cuenta.

Vino después el término de prueba, con las que adujo el demandante el traslado de alegatos, la citación para sentencia, y por último, la sentencia misma que trae fecha del 12 de diciembre de 1925, y cuya parte resolutive dice:

"Por lo dicho, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no accede en decretar ninguna de las peticiones hechas por el apoderado Juan Uribe Cualla, en representación de Camacho Roldán & Tamayo, G. Feherman y Compañía, Stella Hermanos, Sergio Martínez Aparicio, Guillermo Martínez Toro y Eduardo Rojas Iregui, las cuales están comprendidas en la demanda que encabeza este litigio, y en consecuencia se declara absuelto al demandado, o sea a la Nación, de los cargos de la misma demanda.

"No se hace condenación en costas."

Por apelación concedida al actor, vino el negocio a la Corte, en la cual no hubo llamamiento a pruebas porque las partes no lo solicitaron oportunamente. Se recogieron sus alegatos de conclusión, se citó para sentencia, y se pasa a pronunciar la que corresponde en derecho, no sin advertir que el actor promovió dos incidentes de nulidad, los cuales fueron fallados adversamente a sus pretensiones, según se ve en las providencias de 30 de agosto y 30 de octubre de 1926. (Folios 5 y 6, 10 y 11 del cuaderno respectivo).

El Tribunal sentenciador analiza con exactitud y acierto la cuestión que se debate. Por eso la Corte reproduce, acogiéndolos, los siguientes apartes:

"En el libelo el apoderado de los demandantes afirma que la causa o razón de la demanda es el hecho 'de ser dueños mis representados de los vales del Tesoro, cuyo reconocimiento demandan.'

"Se presentan por tanto los actores como dueños de los vales en cuestión, y por eso el hecho primero del libelo, dice: 'mis poderdantes son dueños de los vales que se han mencionado, por haberlos adquirido de buena fe y a justo título.'

"Los vales de que se trata son documentos al portador en que el tenedor de ellos se presume dueño. El doctor Uribe Cualla afirma que sus poderdantes eran los portadores y en consecuencia los dueños de los vales a que el litigio se refiere; que si actualmente se hallan en poder del Juzgado 1° Superior, del 2° Civil del Circuito y de la Tesorería General de la República, ello se debe a que los papeles en cuestión fueron decomisados por las autoridades de policía en virtud de orden de empleados oficiales que estiman que tales vales son ilegítimos y pertenecen a una emisión clandestina.

"Es por tanto lo primero averiguar si aparece realmente demostrado que los demandantes eran los tenedores y por consiguiente los dueños de los vales decomisados, de que se trata en el litigio, pues el señor Fiscal en su alegato, afirma que tal carácter no aparece comprobado en los demandantes.

"El doctor Uribe Cualla afirma en el alegato final que dicho carácter sí aparece comprobado; dice:

"El hecho de ser mis poderdantes dueños y tenedores de los vales del Tesoro, materia de la reclamación, está aceptado por la Nación, según consta de la manifestación hecha por el representante legal de esta entidad, el señor Fiscal 1° del Tribunal Superior, en su escrito del 15 de noviembre del año pasado, al folio 24; pero además de esa prueba de confesión que es el relevo de toda otra probanza, también quedó demostrado aquél, con la inspección ocular practicada extrajuicio el día 16 de diciembre de 1922 por el Juzgado 2° Civil del Circuito, y que se acompañó a la demanda (folios 9 a 12); con la inspección ocular practicada por el Tribunal el día 27 de febrero del año en curso (folio 4); con el informe de la Tesorería General de la República (folio 10); y con el propio dictamen pericial en cuanto él hizo parte de la inspección ocular antes mencionada, y toda vez que los peritos confrontaron los vales de mis clientes con los admitidos como legítimos por las autoridades oficiales encargadas de su recibo y amortización.'

"La manifestación del Fiscal, a que se refiere el señor apoderado, es la contenida en la contestación al hecho primero de la demanda. Pero es el caso que por auto en firme del seis de noviembre de mil novecientos veinticuatro, dictado a petición del doctor Uribe Cualla, la contestación a la demanda no puede tenerse en cuenta por haber sido extemporánea; además, las confesiones hechas por los Fiscales no perjudican a la Nación (artículo 571 del Código Judicial; artículo 9° de la Ley 169 de 1896).

"En la inspección ocular realizada por el Juzgado 2° del Circuito, ninguna afirmación se hizo respecto de la propiedad de los vales; como tampoco en la inspección practicada por este Tribunal, ni en el consiguiente dictamen de los peritos.

"En el informe rendido por la Tesorería General, y que hace parte de las pruebas, se lee:

'Bogotá, marzo 11 de 1925

"En atención a lo anterior, informo que en esta Tesorería están los siguientes vales de la emisión clandestina de 1922.

'Camacho Roldán & Tamayo: 269 vales. Números 58,801|50; 58,401|500; 59,153|62; 59,184|200; 58,901|92. Banco Dugand: 151 vales, números,' etc., etc.

"No se transcribe el resto del informe porque en él no se hace ninguna otra referencia a otro de los demandantes diferente de Camacho Roldán & Tamayo, a no ser el señor Eduardo Rojas, pero sólo por 25 vales y no por 100, como dice la demanda; y en que los números de los vales del informe no concuerdan con los números que indica la demanda.

"De suerte que la parte actora únicamente ha comprobado que uno solo de los demandantes era el tenedor, y por tanto el dueño, de una parte de los vales a que el litigio se refiere. Ese demandante es la sociedad de Camacho Roldán & Tamayo, dueña, según lo comprobado, no de 318 vales de a \$ 20 cada uno, sino dueña únicamente de 269, cuyos números indica el informe del Tesorero y que concuerdan con la relación del libelo.

"Respecto de los otros 49 vales de Camacho Roldán, y de los vales de todos los otros demandantes, ninguna prueba de dominio se ha presentado; y al decir del Fiscal en su alegato: "ni siquiera se sabe si los tales documentos de crédito existen en todo o en parte" (folio 38).

"Siendo así, y como la prueba del dominio es el fundamento de la presente acción; es lo que daría a los actores el derecho de promover el litigio, ha de concluirse que en los demandantes, menos en Camacho Roldán, en parte, no hay personería sustantiva para promover la acción: no aparece en ellos derecho para intentarla, y sería ello en consecuencia lo bastante para que la demanda no pudiera prosperar.

"Pero es más: observación la siguiente que comprende aun los 269 vales de propiedad de Camacho Roldán & Tamayo:

"De autos resulta que los papeles a que el litigio se refiere fueron decomisados por juzgar los funcionarios públicos que tal ordenaran, que los vales en cuestión no eran legítimos por haber sido emitidos clandestinamente; por tal razón algunos de esos vales pertenecen al sumario 'en averiguación de los responsables de la emisión clandestina de vales del Tesoro y falsificación de sellos nacionales' (folio 4°, cuaderno 2°).

"En consecuencia, los vales en cuestión forman el cuerpo de un delito que se investiga, y precisamente no se han pagado mientras no se decida si se trata de una emisión clandestina o si hubo o no falsificación de ellos: de suerte que al resolverse en el fondo sobre el proceso criminal, viene a resolverse si los vales son o no legítimos, en tal forma que si lo son deben ser pagados en la forma legal, y si no lo son, no deben ser pagados, pues la Nación no tiene porqué responder de la emisión clandestina y de la falsificación.

"La suerte, pues, de las pretensiones de los dueños de los vales, dependerá del resultado del juicio criminal, y no puede ser decidido por la justicia civil, pues el asunto entraña una cuestión que debe resolverse previamente por la justicia criminal.'

"Responden los actores de la clandestinidad y la falsificación envuelven excepciones que el demandado tenía que comprobar y no comprobó; y que en cambio se adujo un concepto pericial en que los expertos, de común acuerdo, opinan:

"Dada la condición de documentos al portador que tienen los vales (el tenedor de ellos se presume dueño, y están destinados a una rápida circulación), resulta que

su legitimidad depende de que posean los caracteres externos esenciales y que generalmente los distinguen.

‘Como en los vales que examinamos se presentan estos caracteres, debemos concluir que si los consideramos papeles de crédito legítimos.’

‘Se contesta que ya la clandestinidad y falsificación es materia de un proceso criminal, siendo de observar que los mismos peritos que emitieron el concepto mencionado, dijeron respecto de la legitimidad del sello que tienen los vales: en el reverso de los vales hay estampado un sello con esta leyenda: **República de Colombia—Tesorería General**; viene en seguida una fecha en cada vale, que, según informes de la Tesorería, es la de la emisión. **Oficina de Caja**. Estas últimas palabras aparecen escritas en caracteres más grandes que los del resto de la leyenda. Observamos que hay diferencias en las letras de la palabra **Caja** de los vales que muestran la Tesorería y los Juzgados 1º Superior y 2º Civil del Circuito, como clandestinos, y en los reputados como legítimos, diferencia consistente en la letra **A**, que en los que se nos exhiben como clandestinos se cierra en ángulo agudo; y en los presentados como legítimos la **A** es ligeramente achatada en la parte superior, es decir, el ángulo que forman los dos palos laterales de la letra está cortado en el vértice. La letra **J** de los vales que se nos han exhibido como clandestinos, en su parte inferior es una curva lisa que termina en un punto; y la misma letra en el sello de los vales que hemos visto como legítimos, en su parte inferior tiene un ángulo curvilíneo. También la letra **C** en los vales presentados como clandestinos es formada de curvas lisas, y en la misma letra de los otros hay un ángulo curvilíneo en su centro. Se hace notar, además, que el atravesado de la **A** de los vales exhibidos como clandestinos es una rasa lisa y el de la misma letra en los vales presentados como legítimos, lleva una tetilla en su centro, hacia la parte inferior, con el vértice hacia abajo.

‘Lo dicho pone de manifiesto que si hay razones para estimar que puede haber una falsificación en el sello de los vales, lo cual les quitaría el carácter de legítimos; en todo caso tal cuestión corresponde ser resuelta por la justicia criminal.’

El apoderado de los demandantes impugna la sentencia en los siguientes términos:

‘El Tribunal Superior, en la sentencia de primera instancia, de fecha 12 de diciembre de 1925, absolvió a la Nación de los cargos de la demanda, aduciendo para ello dos argumentaciones, a saber: la de que no está acreditado en los autos el carácter de dueño de los vales en todos los demandantes, excepción hecha de la sociedad Camacho Roldán & Tamayo; y la de que mientras no se falle en definitiva la causa criminal a que dio origen el rechazo y decomiso de los vales, no puede fallarse, ni adelantarse la acción civil que aquí se ejercita, de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 169 de 1896.’

‘El último argumento, que es el más capital, no tiene cabida ya en este juicio, porque la misma Corte Suprema, integrada por vosotros, resolvió, en providencia de 30 de agosto de 1926, con mucho acierto, en mi sentir, que el texto citado del artículo 39 de la Ley 169 de 1896 no es aplicable al caso de este litigio, porque no consta que en el sumario criminal de que se trata sean sindicados los mismos demandantes, ni tengan éstos en ese proceso el interés de denunciados o acusadores. En una palabra, que no existe relación jurídica entre las dos ac-

ciones, la criminal y la civil, para poder sostenerse la procedencia de aquella disposición legal.

‘Descartado así, por la misma Corte, el argumento sustancial de la sentencia, no queda de ésta en pie sino la afirmación que hace de no haberse comprobado totalmente en los actores el carácter de tenedores o dueños de los vales reclamados.’

El vicio de la anterior argumentación consiste en atribuirle a la sentencia fundamentos de que no se ha servido y conceptos que no ha expresado. Desde que se dictó el auto de 30 de agosto de 1926, que el actor cita, esta Sala viene rectificándole ese concepto. Hé aquí lo que dijo entonces:

‘Finalmente, no es exacto que la sentencia de primera instancia se ha fundado en el artículo 39 de la Ley 169 de 1896 para absolver a la Nación. La absolución se apoya en que los actores, con excepción de Camacho Roldán & Tamayo, no demostraron ser dueños o tenedores de los vales cuyo pago demandan, y en que ninguno de ellos acreditó que los vales hubieran sido fabricados en la Litografía Nacional, de donde salieron los que el Gobierno tiene por legítimos; y sobre estas consideraciones agregó la de ser prematura la demanda, o en otros términos, que hubo petición antes de tiempo. Los apartes de la sentencia, que se transcriben en seguida, ponen claro este pensamiento del Tribunal:

‘De autos resulta que los papeles a que el litigio se refiere, fueron decomisados por juzgar los funcionarios públicos que tal ordenaron, que los vales en cuestión no eran legítimos, por haber sido emitidos clandestinamente: por tal razón, algunos de esos vales pertenecen al sumario en averiguación de los responsables de la emisión clandestina de vales del Tesoro y falsificación de sellos nacionales (folio 4º, cuaderno 2º).

‘En consecuencia, los vales en cuestión forman el cuerpo de un delito que se investiga, y precisamente no se han pagado mientras no se decida si se trata de una emisión clandestina o si hubo falsificación de sellos; de suerte que al resolverse en el fondo sobre el proceso criminal, viene a resolverse si los vales son o no legítimos, en tal forma que si lo son deben ser pagados en la forma legal, y si no lo son, no deben ser pagados, pues la Nación no tiene porqué responder de la emisión clandestina y de la falsificación.

‘La suerte, pues, de las pretensiones de los dueños de los vales, dependerá del resultado del juicio criminal, y no puede ser decidido por la justicia civil, pues el asunto entraña una cuestión que debe resolverse previamente por la justicia criminal.’

¿Dónde aparece que el Tribunal se haya apoyado en el artículo 39 de la Ley 169 de 1896? En ninguna parte consta eso, ni hay una sola frase de donde deducir que la acción civil intentada ante ella tenía por objeto la reparación del daño causado por la falsificación, que es el punto a que se contrae la disposición legal antes citada. Si él hubiera entendido eso, habría dictado auto disponiendo que la acción quedara en suspenso, y no hubiera fallado, como falló, en definitiva.

Ni era posible tampoco que hubiera entendido semejante cosa, una vez que la demanda no persigue la reparación del daño causado por el delito sino el pago de unos documentos que el pretendido deudor rechaza por no encontrarlos legítimos.

Cuando el demandante, atribuyendo por primera vez al Tribunal el concepto a que se alude, pidió la nulidad

del juicio, esta Sala, en providencia ejecutoriada de 30 de agosto de 1926, dijo:

"El artículo 39 de la Ley 169 de 1896 que invoca el apoderado de la parte actora, dice:

'Artículo 39. La acción para la reparación del daño puede intentarse por el interesado en el mismo juicio criminal, sin necesidad de constituir acusador, y se decidirá en la sentencia que ponga fin al juicio criminal.

'Puede también intentarse por separado ante el Juez que sea competente en lo civil, y en este caso el ejercicio de la acción estará suspenso hasta que se haya fallado definitivamente sobre la acción criminal, sea que se intente antes o después de incoada ésta. Pero por los cuasidelitos o culpas puede intentarse acción civil para indemnizar el daño, sin sujeción a la criminal.'

"Para la Corte es incuestionable que esta disposición no es aplicable en el presente caso, porque, como acertadamente lo dijo el funcionario atrás nombrado (el Procurador de la Nación), a ella hay lugar únicamente cuando la demanda tiene por objeto la reparación de un daño causado por la ejecución de un acto delictuoso y la acción civil corresponde al interesado en la criminal. En el presente juicio, agrega: no se contempla el caso apuntado, porque ni el demandante es el interesado en el juicio criminal, ni el pago que pretende es la reparación del daño que pudo causarse con la falsificación. Se trata de cobrar el valor de unos documentos, que el pretendido deudor rechaza por no encontrarlos legítimos.

"El marcado interés que, según el articulante, tienen sus representantes en el fallo del litigio criminal, no es el interés jurídico que la disposición citada requiere y que sólo puede emanar de la condición de denunciante, acusador o sindicado, caracteres que no aparecen tengan los promotores de la acción civil que en este juicio se ventila.

"Teniendo en cuenta las voces de la demanda en que tan sólo se pide **pago** de los valores y los perjuicios provenientes **del no pago** oportuno, no es posible admitir que allí se persiga, como lo afirma el articulante, la reparación del daño causado por el delito. Y para que esto pudiera ser admitido, es necesario dar por sentado que ya había habido llamamiento a juicio contra el responsable y que este responsable es la Nación. Basta enunciar lo anterior para rechazar la alegación del articulante."

Como se ve, en esta providencia sólo se afirma que no existe la nulidad alegada, precisamente porque la demanda no persigue la reparación del daño que la falsificación haya causado; por lo cual se consideró improcedente invocar el artículo 3º de la Ley 169 de 1896. Pero como el Tribunal—vuelve a repetirse—no fundó la absolución de la Nación en este texto ni en consideración ninguna a que él pudiera dar apoyo, carece de exactitud y de razón el afirmar que con dicha providencia se ha infirmado o desconocido los fundamentos de la sentencia del Tribunal.

El apoderado de la parte actora ha pedido en su alegato de conclusión en esta instancia que se dicte auto para mejor proveer con el objeto de acreditar si en verdad se adelanta acción criminal por la falsificación de los vales y si los demandantes son dueños de dichos vales.

Cuanto a lo primero, se tiene que el actor estima establecido ese hecho, desde luego que en él se ha apoyado para la nulidad del juicio. El dijo en el incidente respectivo: "Consta de la diligencia de inspección ocular

celebrada por el Tribunal de Bogotá el 27 de febrero de 1925 (folios 4º y 4º vuelto, del cuaderno de la parte actora) en el Juzgado 1º Superior de este Distrito, que en esta oficina **curso un sumario en averiguación de una supuesta falsificación de los vales del Tesoro, cuyo reconocimiento y pago son objeto de la presente acción civil.**" Por consiguiente no estima la Corte necesario dictar esa providencia, máxime teniendo ella la misma convicción del demandante, de que la acción criminal existe, dada la prueba plena que sobre esto suministra la inspección que el demandante cita en el párrafo transcrito.

Cuanto a lo segundo, tampoco considera que deba dictarse esa providencia. El auto para mejor proveer puede tener cabida en los casos en que las pruebas suministradas sobre los hechos materia del debate requieren alguna aclaración sobre puntos de hecho, como por ejemplo: cuando obran dos copias distintas de un mismo instrumento, caso en el cual está indicada una inspección ocular de oficio sobre el original para identificar su contenido. En ese y en otros casos análogos o semejantes es correcto por parte del Juez la facultad de dictar auto para mejor proveer; pero no cuando lo que ocurre es ineficacia en la prueba o carencia de éstas, como sucede aquí, pues con excepción de Camacho Roldán & Tamayo, no las hay respecto de la propiedad de los otros vales que reclaman los demás demandantes.

Sobre la carencia de pruebas o sobre su ineficacia no puede haber auto para mejor proveer, porque entonces el Juez, cuyo papel en el curso de las controversias civiles es necesariamente pasivo, como que sólo debe limitarse a presidir el debate judicial, se convertiría en auxiliar de una de las partes, con menoscabo de la imparcialidad que tiene el deber de guardar y con violación del artículo 546 del Código Judicial que pone bajo la iniciativa de las partes la presentación y prueba de sus pretensiones.

Dice el apoderado de la parte actora que respecto de Guillermo Martínez Toro está comprobada la propiedad de 200 vales por haberlos presentado él al Juzgado 2º Civil del Circuito para su cotejo con los reputados como legítimos en la Tesorería General de la República. Está bien, Martínez Toro presentó esos vales al Juzgado para los fines indicados, pero eso nada significa, porque no hay prueba alguna en los autos de que se haya negado la admisión, pago o amortización de ellos, ni mucho menos que se le hayan decomisado por la autoridad; y son precisamente esos vales, es decir, los no admitidos, no pagados y no amortizados, los de que trata la demanda. Por consiguiente, si no consta que los vales que se dicen de Martínez han sido rechazados, no puede prosperar la demanda encaminada a obtener su admisión, pago y amortización.

Ahora, si han sido rechazados por considerárseles ilegítimos o clandestinos, la misma demanda es prematura, y entonces corren la suerte de los otros, esto es, que quedan sujetos a las resultas de la sentencia que dicte la justicia criminal.

De conformidad con todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirma la sentencia apelada.**

Notifíquese, cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

LUIS F. ROSALES — Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Luzardo Fortoul.

Piden los demandantes se declare que el Gobierno Nacional está obligado a admitir, pagar y amortizar en los términos de la Ley 61 de 1921, los vales del Tesoro que se relacionan en la demanda, junto con los perjuicios que se les han ocasionado por no haberseles admitido y pagado oportunamente los referidos documentos. El señor Fiscal 1º del Tribunal se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas, basándose para ello en las siguientes razones:

"De la inspección ocular acompañada a la demanda y que practicó el señor Juez 2º Civil de Bogotá, con fecha diez y seis de diciembre de mil novecientos veintidós, aparece que la Tesorería General de la República se ha abstenido de reconocer tales vales y otros más por ser de emisión clandestina, pues se diferencian de los legítimos en el sello que llevan al reverso; y que los funcionarios judiciales que averiguan el delito que entraña esa falsedad han secuestrado tales vales.

"Salta a la vista que la Nación no tiene porqué admitir o atender el cobro de papeles de crédito que no ha puesto en circulación, so pretexto de evitarles perjuicios a quienes han sido estafados, por la sola circunstancia de haberlos adquirido de buena fe. Y no se diga que deben reputarse legítimos por haber sido recibidos algunos, porque esto no puede sentar precedente y sólo demuestra que el Tesoro Público ha sido víctima de la falsedad denunciada."

Aparece, pues, de manifiesto que el Agente del Ministerio Público alegó para oponerse a la demanda la falsedad de los vales y el hecho de haberse iniciado por funcionarios judiciales una investigación sobre la legitimidad de aquellos documentos.

La sentencia del Tribunal a quo, que la Sala acoge y reproduce, dice:

"De autos resulta que los papeles a que el juicio se refiere fueron decomisados por juzgar los funcionarios públicos que tal ordenaran, que los vales en cuestión no eran legítimos por haber sido emitidos clandestinamente: por tal razón algunos de esos vales pertenecen al sumario 'en averiguación de los responsables de la emisión clandestina de vales del Tesoro y falsificación de sellos nacionales' (folio 4º, cuaderno 2º).

"En consecuencia los vales en cuestión forman el cuerpo de un delito que se investiga, y precisamente no se han pagado mientras no se decida si se trata de una emisión clandestina o si hubo o no falsificación de ellos: de suerte que al resolverse en el fondo sobre el proceso criminal, viene a resolverse si los vales son o no legítimos, en tal forma que si lo son, deben ser pagados en la forma legal, y que si no lo son, no deben ser pagados, pues la Nación no tiene porqué responder de la emisión clandestina y de la falsificación. La suerte, pues, de las pretensiones de los dueños de los vales dependerá del resultado del juicio criminal, y no puede ser decidido por la justicia civil, pues el asunto entraña una cuestión que debe resolverse previamente por la justicia criminal."

El fallo de la Corte añade que ha habido petición antes de tiempo, y que si los vales han sido rechazados por considerárseles ilegales y clandestinos, la demanda es prematura y quedan aquéllos sujetos a las resultas de la sentencia que dicte la justicia criminal.

El suscrito se aparta muy respetuosamente de los anteriores conceptos por las razones que van en seguida:

Declarar, como se hace en el fallo precedente, que por el hecho de estar cursando una investigación criminal sobre la legitimidad de los documentos cuyo pago se persigue en el juicio, es prematura la demanda, ha habido petición antes de tiempo y la acción civil de los dueños de los vales depende del resultado del juicio criminal, no pudiendo ser decidida por la justicia civil mientras la criminal no pronuncie su fallo, es declarar en suspenso la acción civil mientras se falla la criminal, y dar, por tanto, aplicación a la regla consignada en el artículo 39 de la Ley 169 de 1896, según la cual, cuando la acción civil para la reparación del daño causado por un delito se intenta separadamente de la criminal, el ejercicio de ella estará en suspenso hasta que se haya fallado el juicio criminal. En efecto, si la acción civil no está en suspenso, ¿de dónde se saca que la demanda es prematura, que hay petición antes de tiempo y que la acción civil no puede ser decidida mientras la justicia criminal no pronuncie su fallo? No existiendo, fuera del artículo 39, disposición alguna de la ley que haga depender el fallo que haya de dictarse en un juicio civil, del que se pronuncie en otro criminal, ¿cómo y de dónde puede concluirse, si no se aplica tal disposición, que en el presente caso exista esa relación de dependencia?

Se explica que cuando se trata del resarcimiento de los perjuicios ocasionados por un delito, la acción civil que se intente separadamente de la criminal, no pueda ser decidida mientras no sea fallada esta última, porque para que hayan consecuencias civiles de un delito es menester que el delito exista, y la existencia de éste sólo puede ser declarada en el juicio criminal correspondiente. Mas cuando el juicio no versa sobre reparación del daño civil causado por un acto delictuoso, sino sobre el pago de una suma de dinero, como en el caso actual, no se ve razón alguna de orden legal y jurídico para subordinar el resultado de la acción civil a lo que se decida en un juicio criminal, mayormente no sabiéndose si los demandantes en el presente juicio son partes en aquél, y si les puede, por tanto, perjudicar la sentencia, conforme a conocidas reglas legales. De lo hasta aquí expuesto se sigue, en concepto del suscrito, que no siendo aplicable al caso actual la disposición excepcional del referido artículo 39, como lo demuestra contundentemente el fallo anterior, no hay lugar a decir que la demanda es prematura, ni que ha habido petición antes de tiempo, ni que la acción ejercitada no puede ser decidida mientras la justicia criminal no pronuncie su fallo; pues no hay texto ni principio alguno legal que pueda dar asidero a semejante sujeción o subordinación de una acción a otra, y, antes bien, existen disposiciones que establecen completa separación e independencia entre ellas, como se verá en seguida.

El artículo 720 del Código Judicial dispone que en cualquier estado de la causa, hasta la citación para sentencia, la parte contra quien se hubiere presentado en juicio un documento puede tacharlo de falso, para el efecto de que se desestime en la sentencia, y el 724 agrega que la resolución que se dicte en el artículo de falsedad, se entenderá sin perjuicio de la acción criminal a que haya lugar contra el falsario.

Estas disposiciones, y especialmente la última, dejan ver claramente que en la legislación colombiana la re-dargución civil de falsedad, que tiende a destruir la fe

del acto o documento acusado, es independiente de la acción criminal, la cual tiene en mira tan sólo la aplicación de la ley penal.

Y es que pudiendo existir falsedad civil sin la coexistencia del delito de falsedad, no hay razón para hacer depender la acción o excepción civil de falsedad de las resultas de la acción criminal, pues bien puede absolverse de la imputación delictuosa, sin que eso quiera decir que no exista la falsedad civil, la cual trae como principal consecuencia el que el documento sea desestimado.

La doctrina sentada por la Sala ofrece el grave peligro de que los deudores ocurran al expediente de presentar denuncia criminal por falsedad del documento en que conste su obligación, con el solo propósito de impedir que se haga ésta efectiva mientras pende la investigación criminal, la que puede durar varios y aun muchos años. El peligro anotado es tanto mayor cuanto que en la ley colombiana no existen las rigurosas formalidades que exigen otras legislaciones, como la francesa, para una inscripción de falsedad, ni las sanciones que allí se establecen para el caso de pérdida de la acción. Aquí cualquiera presenta un denuncia criminal por falsedad, sin otro requisito que el de prestar el juramento del caso, y sin sanción alguna para el evento de que la acción no prospere.

Conviene anotar también que en el caso aquí occurrente, no aparece siquiera que en el procedimiento criminal haya habido lugar a llamamiento a juicio, ni a dictar auto de prisión contra los presuntos responsables. Es decir, que no se conoce el mérito que pueda tener aquel informativo.

En resumen, estimo que ha debido fallarse el presente juicio con prescindencia del resultado de la investigación criminal, y el no haberse procedido así, es lo que motiva el presente salvamento.

Observo, finalmente, que hay manifiesta incongruencia entre la parte motiva y la resolutive del fallo, que por el anterior se confirma; pues en la primera se dice que la acción civil no puede ser fallada mientras no lo haya sido la criminal, lo que imponía declarar en la parte resolutive improcedente la demanda por petición antes de tiempo, y, sin embargo, la sentencia concluye absolviendo lisa y llanamente a la Nación de los cargos de la demanda.

Bogotá, junio siete de mil novecientos treinta y uno.

Julio Luzardo Fortoul—Rosales—Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, junio once de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

El Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, debidamente autorizado por la Gobernación del Departamento de Santander, y como representante de éste, promovió contra **Francisco Dulcey**, ante dicho Tribunal, "juicio de reivindicación de una parte de la vía departamental que de la ciudad de San Gil conduce al Municipio de Mogotes por los sitios de **La Mesta** y **Buenos Aires**, que fue ocupada con una casucha que edificó dentro de la expresada vía el mencio-

nado Dulcey, y obtener el retiro de los materiales de la expresada casucha, que obstruyen la vía."

Indicó los linderos de la construcción en referencia y expuso como hechos fundamentales los siguientes:

1º El sitio de la vía ocupada con la casucha pertenece al Departamento, entidad que perdió la posesión desde que Dulcey arbitrariamente edificó en ella la casucha de mención precedente.

2º La parte del camino ocupado con la edificación de que se trata está destinada al servicio del público por ordenanzas especiales del Departamento; y

3º El demandado no tiene título alguno de propiedad de la parte del terreno ocupado en la vía con tal casucha.

Los fundamentos de derecho, agregó, son los consignados en el Título 12, Libro 2º del Código Civil; y el artículo 7º, inciso 2º de la Ley 169 de 1896, en relación con el 73, inciso 4º del Código de Organización Judicial.

La acción la estimó el demandante en la cantidad de trescientos pesos moneda legal.

El apoderado que designó el demandado objetó la cuantía de la acción, la cual quedó justipreciada en cincuenta pesos, sin observación alguna, y ambos, de común acuerdo, contestaron la demanda de la manera siguiente, llevando la palabra el apoderado.

En cuanto a los hechos, los contestó así:

Al 1º Francisco Dulcey construyó desde hace más de quince años una casa pequeña en el sitio denominado **El Guasca**, de la jurisdicción de este Municipio, entre los caminos que conducen a los sitios de **Buenos Aires** y **La Meseta**, y el que conduce para la población de **Mogotes**, pero esa casa no obstruye ni ocupa vía o camino público alguno. El sitio que ocupa la casa construida por Dulcey no ha pertenecido en ninguna época al Departamento por no haber sido ocupada por ninguna vía o camino público. El Departamento jamás ha sido poseedor de ese sitio.

Al 2º Como lo dejo expuesto en el punto anterior, el sitio o puesto que ocupa la casita construida por Francisco Dulcey no pertenece a ninguna vía departamental ni destinado ese terreno al servicio público. Por lo cual no es cierto este hecho 2º del libelo de demanda.

Al 3º No lo aceto ni le doy mi asentimiento por no ser cierto.

Por estar las partes en desacuerdo, se abrió el juicio a pruebas, y en el término correspondiente cada una de ellas presentó las que estimó convenientes; luego se corrieron los traslados para alegar, y previa la citación para sentencia, el Tribunal, en la de treinta y uno de mayo de mil novecientos treinta: absolvió al demandado de los cargos de la demanda. Apelada ella por el Fiscal del Tribunal, vino el negocio a la Corte, y aquí, después de sustanciar debidamente la instancia, se procede a fallar:

El Tribunal se fundó para absolver, en no haber demostrado el actor su calidad de dueño de la cosa demandada.

Hé aquí algunos de sus conceptos:

"Del sitio o puesto que ocupa la casa donde habita Francisco Dulcey con su familia, y que es la cosa singular objeto de la acción, es verdaderamente dueño el Departamento de Santander. ¿Dónde está el título que le dé la calidad de dueño de ese sitio a tal entidad? En los

autos no aparece ordenanza, escritura de cesión, de compra o de donación, acta de expropiación, documento o constancia alguna de donde se pueda deducir que el Departamento adquirió el dominio de la faja de terreno que ocupa la llamada vía departamental de que se dice hace parte el sitio en referencia. Lo único que se sabe por la declaración de Joaquín María Beltrán, es que el padre de éste fue dueño del terreno por donde pasa **actualmente** el camino que sigue hasta **Buenos Aires**, o sea hacia el campo de **La Afanadora**, de propiedad de aquél mismo, terreno que éste cedió para hacer una variación en el camino, fijándose desde entonces el límite por donde está hoy, y que esto hace unos treinta y cinco años más o menos. Si el terreno por donde pasa actualmente el camino que sigue hasta **Buenos Aires**, fue lo cedido por el padre del declarante para hacer la variante en el camino, claro está que el puesto o sitio que ocupa la casa no fue cedido y pertenece al cedente, pero que por ser tan pequeño y quedar, con la variante, aislado del resto del terreno, lo abandonó, y en tal situación consintió el que Dulcey hubiera edificado su casa en él, o que éste lo ocupara para ganarlo por prescripción. Por otra parte, si el camino que de ésta conduce a Mogotes es vía nacional y si la variante se hizo en esta vía, no resulta el motivo por el cual sea departamental y no nacional dicha variante. Además, el camino en la actualidad conserva mayor anchura o amplitud frente a la casucha que en el resto de él. Todo esto prueba que el puesto de la edificación es independiente del camino, y entonces se hace más necesario establecer con el título correspondiente el dominio que el Departamento tenga en aquél. Tampoco aparece de la inspección ocular del cinco de junio del año pasado, única prueba apreciable legalmente, la procedencia o título de adquisición por el Departamento, del sitio o puesto ocupado por Dulcey, ni siquiera la presunción establecida por el artículo 762 del Código Civil, de que 'el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo,' porque el Departamento no ha poseído ni posee la cosa que pretende reivindicarse, y en cambio, Dulcey hace que está en posesión de ella de diez años, y de consiguiente la prescripción de dueño radica en éste."

El señor Procurador de la Nación reconociendo también el hecho de la falta de prueba del dominio alegado por el Departamento, pide la confirmación de la sentencia. La Corte estima que así debe procederse porque en verdad, de los autos no aparece prueba ninguna acerca del derecho de dominio sobre la cosa singular cuya restitución se ha demandado.

Además, y como lo observa muy bien el elevado funcionario antes nombrado, se trata de un camino de propiedad nacional, y en este caso bien pudiera suceder que de haber derecho para la demanda de reivindicación de aquella insignificante faja de terreno, fuera la Nación la que tuviera tal acción.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la sentencia materia del recurso.

Notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

LUIS F. ROSALES—Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en auto de tres de octubre de mil novecientos treinta, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el Departamento del Tolima y en favor de Ernesto Merizalde Durán, por la suma de \$ 4,000, valor del billete de la Lotería de la Beneficencia del Tolima, favorecido con el premio mayor en el sorteo número 187, verificado en Ibagué el veintidós de noviembre de mil novecientos veintinueve. De dicho billete, que no fue cubierto, es tenedor el ejecutante. La ejecución se libró también por los intereses legales de la expresada suma desde el veintitrés de mayo de mil novecientos treinta hasta el día del pago.

Por apelación del Fiscal del Tribunal vino el negocio a la Corte, en la cual, previa la sustanciación de regla, se procede a decidir la alzada.

Sirvió de base al mandamiento ejecutivo el billete en referencia, el acta del sorteo, el protesto notarial consignado en la escritura número 399 de 20 de mayo de 1930, otorgada en la Notaría 2ª de Ibagué, en la cual consta que no existe la Agencia de la Lotería de la Beneficencia del Tolima, que su administrador, Salvador Castro, se halla ausente de la ciudad y no se tiene noticia cierta de su paradero, y que su representante, un hijo suyo, Salvador Castro Osorio, se negó a pagar el referido billete dando como razón la falta de fondos y de autorización para hacerlo; otro protesto notarial (escritura pública número 400, otorgada en la fecha y ante el Notario expresados), en que aparece requerido para el pago del mismo billete el Secretario de Hacienda del Tolima y la negativa de éste a dicho pago; el contrato de administración de la Lotería de la Beneficencia del Tolima, celebrado entre el Gobernador de este Departamento y Salvador Castro, mediante licitación pública, contrato que se elevó a escritura pública número 1850, de 21 de octubre de 1927, ante el prenombrado Notario. En este contrato el contratista se sometió a una cláusula penal a favor de la renta de lotería por \$ 5,000 y constituyó hipoteca a favor de la Beneficencia del Tolima sobre un inmueble de su propiedad, de suerte que en caso de incumplimiento en el pago de los premios, sólo el Gobierno Departamental tiene acción contra el contratista, ya porque la convención no obliga sino a quienes la celebran, ora porque las cauciones otorgadas por el contratista se constituyeron a favor de la renta de la lotería, que es renta departamental. Esta fue creada por la Ordenanza número 17 de 1925, con destino a la beneficencia pública del Tolima, en virtud de la autorización conferida por la Ley 64 de 1923, cuyo artículo 1º dispone lo siguiente:

"Solamente los Departamentos podrán establecer, desde la promulgación de la presente Ley, una lotería con premios en dinero, y con el único fin de destinar su producto a la asistencia pública. En los Departamentos en que el producto de las loterías tenga destinación al servicio de la instrucción o de las obras públicas, se respetará esa destinación. Los contratos que celebren los Departamentos en desarrollo de esta Ley, deberán someterse a licitación pública, y en ella se entenderá como

mejor propuesta la oferta de una mayor participación en el valor de cada sorteo para la asistencia pública del respectivo Departamento."

Por consiguiente, siendo el Departamento no sólo dueño de la renta de lotería sino empresario de ella, es inquestionable su responsabilidad por el valor de los billetes premiados que deje de cubrir el contratista delegado para su administración, que en definitiva y en sustancia viene a ser un agente suyo para la venta de los billetes y pago de los premios.

Como de acuerdo con el artículo 10 de la Ordenanza antes nombrada, artículo impreso al reverso de los billetes, los premios deberán empezar a pagarse inmediatamente después del sorteo, se tiene en el billete cuyo pago se demanda, un documento que además de su carácter público a auténtico, por haber sido omitido por el Departamento en virtud de una ordenanza de la Asamblea, está comprendido entre los vales o pagarés simples a que alude el artículo 46, ordinal 5°, de la Ley 40 de 1907, lo que vale decir que presta mérito ejecutivo.

El señor Procurador de la Nación sostiene aquí que Merizalde Durán, portador del billete premiado, no tiene acción civil para obligar al Departamento, y se funda en que las loterías tal como están organizadas entre nosotros, son un verdadero juego de suerte y azar, y que los juegos de esta especie no generan acción ninguna, al tenor de lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 157 de 1857, que dice:

"El juego y la apuesta no producen acción ni excepción. El que gana no puede exigir el pago. Si el que pierde paga, tiene en todo caso, acción para repetir lo pagado. Queda en estos términos reformado el artículo 2283 del Código Civil."

Si esto es así—agrega el señor Procurador—"si las loterías son un juego no exceptuado por el artículo 2286 de aquel Código, es decir, si no son juegos de fuerza y de destreza corporal; hay que convenir en que los favorecidos en los sorteos, como portadores de los billetes premiados, carecen de acción civil para obtener el pago de esos premios. Todavía más: que si esos premios se pagan, la entidad respectiva tiene derecho a repetir lo pagado como indebido. O no existe la lógica. Se objetará que la Ley 64 de 1923 faculta a los Departamentos para establecer loterías oficiales con destino al servicio de la instrucción o de las obras de asistencia pública. Sin embargo, este Ministerio opina que la mencionada Ley no deroga las disposiciones del Código Civil que se acaban de citar. No hay derogación expresa porque no existe en esa Ley un solo texto que así lo disponga. Ni tampoco existe derogación tácita, porque no existe incompatibilidad entre ella y las disposiciones del Código Civil."

Ciertamente la Ley 64 de 1923 no contiene disposición ninguna que derogue expresamente el principio civil sustantivo referente al juego y la apuesta que invoca el señor Procurador, pero si hay en ella preceptos que restringen su significado, o en otros términos, que lo modifican, tales como los del artículo 2° de allí que señala el 64 por 100 del valor de los billetes que componen cada sorteo como el mínimo que podrá destinarse al pago de los premios. Destinar, por mandato de la ley, una cuota para el pago de los premios, es imponerle al empresario de la lotería la obligación de pagarlos, o lo que es lo mismo, darle al favorecido el derecho de reclamarlos judicialmente en caso de renuencia al pago.

Está, pues, consagrada la acción en la disposición a que se alude; y por tanto ambos preceptos pueden coexistir: el uno como regla general y el otro como excepción a la regla. Excepción, y muy notoria, es la que se ha hecho en favor del juego de lotería con premios en dinero que establezcan los Departamentos, con destino a la asistencia pública. Nada más, nada menos.

Otra objeción hace el señor Procurador, a saber: que el proyecto de la Ley 64 de 1923 no fue presentado por la respectiva Comisión de Reformas Civiles, según datos que dice tener, y que eso pugna con el artículo 80, ordinal 2°, de la Constitución.

Puede que haya sucedido eso, pero en nada afecta ello un auto ejecutivo mientras la ley esté subsistente y tenga, como tiene la 64, todos los caracteres de autenticidad que la hacen obligatoria: firmas de los Presidentes de las Cámaras, sanción ejecutiva y promulgación en el periódico oficial.

En armonía con todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la providencia apelada. Sin costas.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

LUIS F. ROSALES—Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—El Secretario, Pedro Sanz Rivera.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

En el escrito que antecede solicita el señor Procurador General de la Nación que se revoque el auto de esta corporación de diez y siete (17) de junio último, por el cual fue confirmado el mandamiento ejecutivo que dictó el Tribunal Superior de Ibagué contra el Departamento del Tolima y a favor del señor Ernesto Merizalde Durán, tenedor del billete número 9379 de la Lotería de Beneficencia del Tolima, billete favorecido con el premio mayor en el sorteo del veintidós (22) de noviembre de mil novecientos veintinueve (1929), y no cubierto ni por el administrador de la lotería, ni por la Gobernación del Departamento. Solicita igualmente la revocación del auto expresado del Tribunal.

Insiste el señor Procurador en que el sistema de loterías, tal como está organizado en el país, es un verdadero juego de suerte y azar; que esta clase de juegos son contrarios al espíritu del ahorro en las sociedades, y que el legislador colombiano, que principió por declarar que el juego (artículo 2283 del Código Civil) y la apuesta no producen acción sino solamente excepción, terminó por suprimir ésta, mediante el precepto contenido en el artículo 95 de la Ley 153 de 1887, que a la letra dice:

"El juego y la apuesta no producen acción ni excepción. El que gana no puede exigir el pago, si el que pierde paga, tiene en todo caso, acción para repetir lo pagado."

Es exacto lo afirmado por el señor Procurador: la lotería, al menos la organizada por el Departamento del Tolima, es un juego de suerte y azar para los compradores de billetes, y los juegos de suerte y azar producen

los más desastrosos efectos en orden al ahorro popular y a la moralidad pública. Exacto también que la ley civil en la disposición antes transcrita, condena con innegable acierto los juegos en mención, y lo propio hacen las legislaciones de los pueblos civilizados; pero también es cierto y evidente que el legislador colombiano, que dictó aquella disposición, pudo y quiso dictar otra, no para abrogarla o derogarla, sino para modificarla en el sentido de permitir el juego de la lotería con fines de beneficencia y de sustraerlo, en consecuencia, a las reglas contenidas en aquella. Bueno o malo el acuerdo, no corresponde a la Corte calificarlo.

La nueva disposición está contenida en los artículos 1° y 2° de la Ley 64 de 1923, que dicen:

"Artículo 1° Solamente los Departamentos podrán establecer, desde la promulgación de la presente Ley, una lotería con premios en dinero, y con el único fin de destinar su producto a la asistencia pública. En los Departamentos en que el producto de las loterías tenga destinación al servicio de la instrucción o de las obras públicas, se respetará esa destinación. Los contratos que celebren los Departamentos en desarrollo de esta Ley, deberán someterse a licitación pública, y en ella se entenderá como mejor propuesta la oferta de una mayor participación en el valor de cada sorteo para la asistencia pública del respectivo Departamento.

"Artículo 2° Señálase el sesenta y cuatro por ciento (64 por 100) del valor de los billetes que componen cada sorteo, como el mínimo que podrá destinarse al pago de los premios; y el catorce por ciento (14 por 100) del mismo valor como el minimum de participación que en cada sorteo debe corresponder al respectivo Departamento."

De conformidad con estas disposiciones, principalmente con la última, no parece posible sostener la carencia de acción en el portador de un billete de la lotería del Tolima, premiado y no pagado. Porque autorizar a los Departamentos para que ellos, solamente ellos, puedan establecer loterías con premios en dinero, y señalar el 64 por 100 del valor de los billetes que componen cada sorteo como el minimum que podrán destinar al pago de los premios, es, de un lado, imponerle a esas entidades la obligación de pagarlos, y de otro, dar al favorecido o favorecidos con ellos el derecho correlativo de hacerlos efectivos.

En otros términos: es abrir una excepción al principio civil que invoca el reclamante, pues de lo contrario no podría concebirse cómo el legislador—que da la concesión y señala, como otorgante de ella, el minimum con que el empresario ha de atender a ese pago—tuviera en mira privar a los favorecidos de los medios legales, o sea de la acción civil necesaria para reclamar aquél. Sería tanto como organizar una emboscada contra los compradores de billetes que así verían perdido su dinero hasta en el caso del alea remota del premio que les llegara a caer. No pueden admitirse en el legislador semejantes designios, y de aquí que no sea aceptable la interpretación que a tal extremo conduce.

En cuanto al 64 por 100 del valor de los billetes de que la Ley 64 de 1923 habla para atender al pago de los premios, es obvio—y eso no lo ha desconocido la Sala—que no es dicha Ley la que hace la destinación, sino que señala el minimum de la cantidad que el Departamento debe destinar a ese fin; y precisamente porque tal cosa dispuso es por lo que el Departamento, al fundar la lo-

tería y aceptar por lo mismo las condiciones con que se le permitió su establecimiento, contrajo la obligación de atender al servicio de los premios en la cuantía y forma indicadas en la ley. Por eso se ha dicho y se repite que hay acción para cobrar los premios, como una excepción a la regla general del artículo 95 de la Ley 153 de 1887.

Y cabe ahora otro reparo a la réplica del señor Procurador, quien afirma que las excepciones a una regla tienen que consagrarse expresamente, so pena de no considerarlas tales. Pues nó. Pudiendo el legislador derogar y reformar las leyes, no sólo de manera expresa sino también en forma implícita, es claro que en esta última forma puede hacer más extensa la regla que ya tenga sentada, o reducirla de sus proporciones punitivas, sin que para esto se exijan, ni sean necesarias tampoco, fórmulas sacramentales, abolidas felizmente de las legislaciones modernas.

El señor Procurador llega a admitir en gracia de discusión que la Ley 64 de 1923 hubiera creado la obligación, para argüir en seguida que no por eso habría dado acción para exigir su cumplimiento. Pero en este terreno el señor Procurador argumenta en contra del mismo supuesto que ha admitido, porque vuelve a invocar el artículo 95 de la Ley 153 de 1887, que no da acción para cobrar las deudas de juego, a las cuales, por lo mismo, quitó virtualmente todo carácter de obligación civil o natural. En esta forma no hay nuevo argumento, sino repetición del mismo, es decir, del que la Corte no acepta, porque ella entiende que el legislador no habla por el sólo placer de hablar y que al dictar el artículo 2° de la Ley 64 de 1923, consagró a la vez que una obligación, el derecho correlativo de exigirla.

Y puesto que el artículo 95 de la mentada Ley 153 de 1887 es, de parte del señor Procurador, y por decirlo así, su caballo de batalla en esta controversia, es preciso observarle que ese precepto no tiene en el presente caso la exacta y cabal aplicación que él le atribuye. La razón es obvia: en el juego hay una parte que gana y otra que pierde, y aquí, en el caso de la lotería del Tolima, el Departamento nada pierde porque él paga o debe pagar los premios con el 64 por 100 del valor de los billetes que componen cada sorteo, es decir, con el 64 por 100 del valor de los billetes vendidos al público. De tal suerte que son los compradores de billetes, cuando ningún premio les cae, los únicos que pierden.

El Departamento no pierde; gana siempre el 14 por 100 por lo menos del valor de esos billetes, valor que, por disposición de la Ley 64, puede reservarse como participación en la lotería de que es el empresario.

Sobre la base de ser exactamente aplicable al caso controvertido el artículo 95 de la Ley 153 de 1887, en que el señor Procurador se apoya tan ahincadamente, se tiene que el Departamento del Tolima podría ser obligado a devolver el valor de los billetes no premiados que hubiere vendido desde que empezó a funcionar la lotería. Y podría ser obligado a ello porque, según queda demostrado, la pérdida solamente la soportan los compradores de tales billetes, esto es, los que han pagado su valor, y el inciso 2° del mencionado artículo dispone que si el que pierde paga, tiene, en todo caso, acción para repetir lo pagado.

Esta conclusión, a que derechamente conduce la disposición antes citada, pone de relieve lo absolutamente

inapropiada que es ella para sustentar la tesis del funcionario reclamante.

El señor Procurador de la Nación ataca la providencia de la Sala por otro aspecto: dice que el billete de la lotería cuyo pago se demanda, no contiene una obligación expresa, clara y exigible, como lo requiere el artículo 47 de la Ley 105 de 1890, y se funda en que en él (en el billete) no se ha dejado la constancia expresa de que una persona haya contraído la obligación de pagarle a otra persona determinada una cantidad líquida de dinero. Ni podía constar esa obligación, agrega, desde luego, que la determinación de una persona y de una cantidad y la percepción de ésta, dependía del azar, de la suerte que viniere en ese acto del sorteo a favorecer un número con uno de los varios premios especificados en el respectivo plan.

La Sala observa:

El billete de la lotería del Tolima—billete que dicho sea de paso, expresa la cifra del premio mayor, \$ 4,000—, es un billete al portador. Así aparece al respaldo de él, en donde se inserta el artículo 10 de la Ordenanza 17 de 1925, que estableció la lotería y que dice así:

"El billete de la Lotería de Beneficencia del Tolima se pagará al portador y no podrá ser reemplazado por otro de ninguna manera. El derecho de percibir y cobrar los premios de cada sorteo caduca a los seis meses de verificado. Los premios sólo se pagarán de acuerdo con la lista oficial publicada por el contratista de la lotería. Todo billete de la lotería que contenga la indicación de pagado o que esté roto o deteriorado en términos que sea imposible verificar su identidad o que se haya adulterado o que contenga números superpuestos, lo deberá considerar el contratista, previo dictamen de la Junta de la Lotería, sin valor alguno. Los premios deberán empezarse a pagar por el contratista inmediatamente después del sorteo."

De suerte que tratándose de un documento al portador, no es posible encontrar en él la determinación nominativa del acreedor, el cual no puede descubrirse o resultar sino del acta del sorteo en el caso de que el número del billete sea favorecido con alguno de los premios destinados al juego. El acta del sorteo verificada por el Alcalde de Ibagué obra en copia auténtica en los autos y ella comporta el reconocimiento prestado por el empresario de la lotería, o sea el Departamento, de que el billete cuyo pago se demanda fue el favorecido con el premio mayor. Por consiguiente, carece de fuerza la objeción del reclamante de que por no expresar el billete el nombre del acreedor, no presta mérito ejecutivo, porque esa determinación, vino a darla la susodicha acta de sorteo que es un reconocimiento, hecho en forma pública y solemne por el obligado al pago del premio, de que se cumplió la condición de que dependía ese pago. Además del billete y del acta de sorteo, concurren a deducir la obligación clara y expresa que trata de ejecutarse la Ordenanza del Departamento que estableció la lotería, las actas de la Junta Directiva de la empresa, que organizan el funcionamiento de la lotería y el plan de sus sorteos, los protestos por falta de pago del billete y el texto de la Ley 64 de 1926 que decretó el monopolio de las loterías en favor de los Departamentos que quierán establecerlo.

Surge de todo lo dicho que el billete de la lotería de beneficencia del Tolima, cuya falta de pago ha dado margen a la presente ejecución, está comprendido, como se expuso en el auto anterior de esta Sala, entre los vales o pagarés simples a que alude el artículo 46, ordinal 5º, de la Ley 40 de 1907, ya que contiene la promesa de pagar a su presentación la suma de \$ 4,000, mediante la comprobación de haber sido favorecido en el respectivo sorteo, y ya que el mismo Departamento, en su calidad de empresario de la lotería y obligado al pago, verificó aquella diligencia por medio de su agente (el administrador delegado), y con asistencia e intervención de otro agente suyo (el Alcalde Municipal de Ibagué), y declaró que el premio mayor había caído en el billete de que se trata. Delante de éstos documentos, auténticos sin duda todos ellos, y apreciados en conjunto, no aislados y separadamente, es preciso reconocer a la obligación su carácter de expresa, clara y exigible, de pagar al portador del billete la cantidad favorecida de \$ 4,000, que es el premio mayor, según la indicación que aparece al respaldo de él.

Otra cosa alega el señor Procurador: que el billete en referencia "no es un documento público ni auténtico." Y se funda en que quien lo expidió fue el Administrador de la lotería que no era funcionario que ejercía un cargo por autoridad pública.

Hay un error evidente en esta afirmación. Fue la Junta Directiva de la Lotería, entidad creada por la Ordenanza número 17 de 1925, para todo lo relacionado con la organización de la empresa, quien dispuso la expedición o emisión de los billetes, indicando el plan de los sorteos, el valor de los premios principales y aproximaciones, las fracciones en que se divide cada billete y la forma, leyenda y número de los que debían emitirse, como puede verse en las actas de esa Junta que obra de folios 10 a 21 del cuaderno de la ejecución.

Siendo esto así, es incuestionable que se trata de documentos expedidos por una autoridad pública en ejercicio de funciones propias a ese objeto, y por consiguiente los billetes en cuestión están entre los que enumeran en primer término el artículo 678 del Código Judicial, que dice:

"Son documentos auténticos: 1º, los expedidos por los funcionarios públicos que ejercen un cargo por autoridad pública, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones."

Lo cual significa que el billete en cuestión presta mérito ejecutivo sin necesidad de reconocimiento, que sólo se exige para los documentos privados. El hecho de que en los billetes aparezca, por disposición de la Junta Directiva, el autógrafo en facsímil del Administrador, no es motivo para graduar a éste de emisor de ellos. La facultad de emitirlos o expedirlos no era del Administrador, era de la Junta Directiva a quien correspondía por mandato de la Asamblea, como se dijo antes, la organización de la empresa. Emitir billetes en una lotería es una función directiva y los Administradores no ejercen funciones directivas. El significado del vocablo Administrador nada más lo indica.

Ni la Ordenanza ni el contrato que celebró la Junta con Salvador Castro para la administración de la lotería, es decir, para vender los billetes, recoger los dineros,

hacer los sorteos, pagar los premios y rendir las cuentas, no prestan el más leve asomo a la afirmación del señor Procurador.

Los billetes, por lo demás, tienen en su leyenda claras indicaciones acerca de que fueron emitidos por la Junta Directiva. Además del sello de ésta se lee en ellos, entre otras frases, las siguientes: **Lotería de la Beneficencia del Tolima. Ordenanza 17 de 1925**, y al respaldo el artículo 10 de la misma ordenanza, ya transcrito atrás.

En cuanto a la autenticidad del billete, que el reclamante parece poner en duda en su último escrito, una vez que afirma que **no es público ni auténtico**, la Sala observa que la autenticidad, al menos en su más lata acepción, fue reconocida por él en su primer escrito de 23 de febrero. Allí dijo: "Ese documento (el billete) está íntegro y tiene todos los requisitos **previstos en la Ordenanza y en el contrato**. Nadie ha puesto en duda su **autenticidad**."

Finalmente, que el billete en referencia no sea instrumento negociable, conforme a la Ley 46 de 1923, es punto que en este asunto carece de interés. En primer lugar, la Sala no ha dicho que lo sea, y en segundo, es preciso tener en cuenta que el mérito ejecutivo que él presta, no le viene de ser instrumento negociable, sino de constituir un vale o pagaré de los que trata el artículo 46 de la Ley 40 de 1907, ordinal 5°.

Con arreglo a las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **no accede a revocar su providencia** de diez y siete de junio del año en curso, la cual, junto con la presente, se insertará en la **Gaceta Judicial**.

Notifíquese, cópiese y devuélvase como está ordenado.

LUIS F. ROSALES — Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, agosto cinco de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

El Juzgado de Rentas Nacionales de Buenaventura ha remitido a la Corte el presente proceso en apelación, concedida al ejecutado León Acrich, contra el auto ejecutivo de fecha diez y nueve de mayo de mil novecientos treinta, proferido por el mismo funcionario, auto en el cual libró orden de pago a favor del Tesoro de la Nación y contra la Sociedad Mizrachi, Acrich & Abadi, domiciliada en la ciudad de Cali, por la cantidad de tres mil doscientos veintidós pesos con ochenta y seis centavos oro legal. La intimación y notificación del mandamiento se hizo al expresado señor Acrich en su calidad de representante de la Sociedad ejecutada.

Remitido el expediente al señor Procurador, emitió este funcionario el concepto que a continuación se inserta, y que la Sala acoge como fundamento de esta providencia. Dice así:

"Esta ejecución, librada contra Mizrachi, Acrich & Abadi, por el Juzgado de Rentas Nacionales y Ejecuciones Fiscales de Buenaventura, por la cantidad de \$ 3,222-86, tiene, como recaudo ejecutivo, los duplicados de unos memorándums pasados por el Administrador de

la Aduana de aquel puerto al Cajero de la misma. Son los documentos de color rosado, que están en los primeros folios del expediente.

"Esos papeles fueron remitidos por el Administrador de la Aduana al señor Juez citado, con oficio de quince de mayo de mil novecientos treinta, para que se iniciara la ejecución.

"Por las observaciones que están al pie de esos documentos, se comprende que las cantidades de dinero que en ellos constan, provienen de multas impuestas por la Contraloría General de la República a los ejecutados por malas declaraciones en los artículos que introdujeron y que causaron el pago de derechos de Aduana.

"Conceptúa esta Procuraduría que esos memorándums escuetos, no son suficientes para sustentar un mandamiento ejecutivo, por estas razones:

"1° Porque en la mayor parte de ellos se trata de imposiciones de multas por erróneas o deficientes declaraciones hechas por los introductores, y en ese caso para que prestaran mérito ejecutivo, han debido acompañarse las copias de los decretos en que se impusieron esas multas, de acuerdo con lo dispuesto por el ordinal 3° del artículo 1096 del Código Judicial, que al enumerar los documentos que prestan mérito ejecutivo, dice:

"3° Las copias de los decretos que, en ejercicio de sus funciones, expidan los funcionarios públicos imponiendo multas que deben ingresar al Tesoro."

"Y no basta eso. Es preciso también que aparezca la constancia de que al responsable se le han notificado esas multas.

"2° Porque, además, esos memorándums no tienen el carácter de un verdadero reconocimiento hecho por el Administrador de la Aduana a cargo de los deudores, de acuerdo con lo dispuesto por el ordinal 2° de la disposición citada, que dice:

"Las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores del Fisco por rentas o contribuciones."

"En resumen: han debido acompañarse los decretos o resoluciones en que se impusieron las multas con su debida notificación y el reconocimiento del Administrador de la Aduana, en que se establece la verdad de la deuda.

"Sin esos requisitos no puede prosperar esta ejecución, y opino que debéis revocar el auto ejecutivo y devolver las diligencias al Juez de instancia, para que proceda de acuerdo con estas observaciones."

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **revoca el auto recurrido**.

Cópiese y notifíquese esta resolución, publíquese en el órgano de la Corte y oportunamente devuélvase el expediente.

LUIS F. ROSALES—Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, diez y ocho de agosto de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

En libelo de fecha diez y nueve de diciembre de mil novecientos veinticuatro, dirigido a los señores Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué, Heliodoro San-

tofirmio, en su propio nombre y por la vía ordinaria, demandó al Departamento del Tolima, representado por el señor Fiscal de ese Tribunal, para que por sentencia definitiva se le condene a "pagarme—dice—dentro del tercero día, en moneda legal y corriente, la cantidad líquida que en el juicio que por la presente promuevo, se justifique deberme dicho Departamento, a título de indemnización plena, por el hecho de haberme privado del ejercicio de una industria lícita, con el implantamiento efectivo del monopolio de la producción, introducción y venta de licores nacionales destilados embriagantes, decretado como arbitrio rentístico a favor del mismo Departamento, en el año de mil novecientos veintidós."

Como hechos fundamentales de su acción presentó estos:

"Primero. El monopolio de la introducción, producción y venta de licores destilados embriagantes, se implantó e hizo efectivo en todo el territorio del Departamento del Tolima, desde el día once de enero de mil novecientos veintidós, a virtud del Decreto del Gobernador de este Departamento, expedido con fecha seis del mes de enero citado, y marcado con el número 1654.

"Segundo. Desde la indicada fecha, once de enero de mil novecientos veintidós, se privó a todos los industriales en el ramo indicado del ejercicio de la industria lícita de producción, introducción y venta de licores nacionales destilados embriagantes, cuyo aprovechamiento exclusivo quedó reservado a favor del Fisco Departamental, mediante el monopolio de esa industria; y esta medida de carácter rentístico se ha mantenido desde entonces, y se mantiene hasta el presente, en todo el territorio del Departamento, en virtud del mentado Decreto de la Gobernación, número 1654, y de actos posteriores de la misma Gobernación.

"Tercero. El Decreto en referencia se aplicó en todo el Departamento antes de que fueran indemnizados los individuos que en virtud de ese acto gubernamental quedaron privados del ejercicio de la industria monopolizada.

"Cuarto. Yo fui uno de los individuos perjudicados con el establecimiento del monopolio de licores, y ninguna suma se me ha reconocido por el Gobierno del Departamento del Tolima ni por tercera persona, a título de indemnización, a pesar de las gestiones que he venido haciendo en el particular.

"Quinto. Tales perjuicios consisten en lo siguiente:

"a) En el valor de los alambiques, aparatos, batería, útiles y enseres de mi establecimiento de destilación de licores, situado en este Municipio, denominado **El Diamante**.

"b) En el lucro cesante, o sea en los rendimientos que derivaba de una industria que venía ejerciendo en el Departamento por espacio de varios años, antes del implantamiento del monopolio."

Invocó como fundamentos de derecho las disposiciones de los artículos 44 de la Constitución, 4º del Acto legislativo número 3 de 1910 y la Ley 17 de 1898; y presentó como prueba la constancia del denuncia del aparato de destilación de su propiedad, dado ante el Alcalde de Ibagué, el veintinueve de mayo de mil novecientos veintidós.

Admitida la demanda, y dispuesto el traslado respectivo al señor Fiscal del Tribunal, antes de que éste se surtiera, el doctor Edmundo Vargas, provisto de los documentos demostrativos de su personería, en carácter

de apoderado del señor Julio Holguín y de la Sociedad de Rentas del Tolima, pidió se le reconociera este carácter, haciéndose parte en el juicio, por cuanto "el contratista tiene el deber de pagar las indemnizaciones a que sea condenado el Gobierno, a los industriales que comprueben legalmente su derecho, mediante decisión judicial, lo que quiere decir que al contratista le afecta o le puede afectar, o aprovechar la sentencia que se dicte en tales juicios."

Apersonado en el juicio el doctor Vargas, y corrido traslado al señor Fiscal del Tribunal, quien contestó la demanda, oponiéndose a las declaraciones pedidas, negando los hechos fundamentales y pidiendo, en consecuencia, la absolución de la entidad demandada.

Abierto a pruebas el juicio, recibidas las que oportunamente fueron pedidas y allegados los alegatos de conclusión que las partes presentaron, previa la respectiva citación para sentencia, el Tribunal dictó la de veintisiete de octubre de mil novecientos treinta, en la que absolvió al Departamento del Tolima de todos los cargos de la demanda.

Concedido el recurso de apelación que el actor oportunamente interpuso, subieron los autos a la Corte, donde, satisfecha la tramitación legal correspondiente a la segunda instancia, con nueva dilación probatoria, y recibidas algunas de las pruebas pedidas, ha llegado la oportunidad de decidir el recurso, y a ello se procede mediante las consideraciones que siguen, y dado que no se observa ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado y que haya necesidad de declararse.

La sentencia dictada por el Tribunal se fundó en la falta de demostración del carácter de productor de licores, que en el momento de implantar el monopolio tuviera el actor Santofimio; puesto que, según doctrina de la Corte Suprema, expresada en sentencia de veinticinco de octubre de mil novecientos veintisiete, la prueba testimonial del ejercicio de la industria por parte del demandante no es apta para acreditar hechos que deben constar por documentos o pruebas escritas preestablecidas. Y, como efectivamente, la Ordenanza 66 de 1915, vigente cuando se estableció el monopolio, exigía ciertos requisitos a que debía someterse el industrial para adquirir tal carácter y disfrutar de los derechos anexos a su condición, requisitos que debían constar por escrito, la prueba testimonial, consistente en las declaraciones de Plácido Cárdenas, Ignacio Guzmán, José María Serna y Aníbal Uribe, no son suficientes para demostrar aquel carácter, de acuerdo con lo que al respecto exige el artículo 682 del Código Judicial.

En esta segunda instancia el actor trajo un certificado del señor Secretario de Hacienda del Tolima, en que después de mencionar las distintas patentes que se expidieron a Santofimio, concluye:

"Que por lo expuesto, aparece que el señor Heliodoro Santofimio fue productor de aguardiente hasta cuando la renta de licores nacionales fue dada en arrendamiento en el Tolima al señor Julio Holguín, según consta en la escritura número 16, pasada en la Notaría 2ª del Circuito de Ibagué, con fecha nueve de enero de mil novecientos veinte, contrato de arrendamiento que comprendió del primero de enero de mil novecientos veinte al treinta y uno de diciembre de mil novecientos treinta y uno."

Este certificado puesto en relación con el denuncia de un aparato de destilación poseído por el señor San-

tofirmio en su casa de habitación de Ibagué; denuncia que aparece hecho el primero de junio de mil novecientos veintidós, y en el cual consta que tal aparato "fue denunciado oportunamente a la autoridad, y permanece sellado, por haber dejado de producir desde que se dio en remate la renta de licores al señor Julio Holguín, por las trabas que este señor puso a los industriales," tampoco demuestra la condición que para merecer el ser indemnizado, reclama el artículo 3° de la Ley 17 de 1898, que dice:

"Son industriales, para los efectos de esta Ley, los individuos que a la fecha de la sanción del acto que decreta el monopolio, estuvieren ejerciendo la industria monopolizada, o los que a la misma fecha tuvieran establecimientos organizados con el fin manifiesto de ejercerla"; puesto que, si tanto el denuncia como el certificado, están de acuerdo en que el señor Santofimio sólo produjo licores hasta el día en que se dio en remate la renta al señor Holguín, esto es, hasta el primero de enero de mil novecientos veinte, hay que concluir que en la fecha en que se estableció el monopolio, esto es, el once de enero de mil novecientos veintidós, el señor Santofimio no tenía el carácter de industrial, que es el que la Constitución favorece con la indemnización correspondiente.

Sin duda alguna, el denuncia hecho por el señor Santofimio, y de que aquí se habla, no tuvo por objeto amparar el ejercicio de su industria, que en la fecha en que lo hizo, se encontraba monopolizada, sino el de evitar la sanción establecida por el artículo 3° del Decreto 1900 de 1922, que dice:

"Prohíbese la fabricación, uso y comercio de aparatos propios para la destilación de licores.

"Los dueños de aparatos que existan en el Departamento, al entrar en vigencia el presente Decreto, los denunciarán ante el Alcalde o Agente de la Renta del respectivo Municipio, dentro de los ocho días siguientes a aquél en que sea publicada por bando esta disposición, y los sacarán del Departamento en el transcurso de los sesenta días siguientes. Si pasare este término, y quedaren aún aparatos en poder de particulares, se procederá a decomisarlos como elementos de fraude, aunque no estén en actividad.

"Parágrafo. Los Alcaldes Municipales quedan en la obligación de hacer conocer del pueblo esta disposición por medio de bando al siguiente día feriado de aquél en que reciban el decreto o la respectiva orden de la Gobernación."

Todo lo cual hace concluir que en esta segunda instancia el actor tampoco logró demostrar el hecho primordial o fundamental de su acción, y que es de estricta justicia confirmar la sentencia de primera instancia, que absuelve al Departamento de los cargos de la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia absolutoria de que se ha hecho mérito. Con costas a cargo del recurrente.

Cópiase y notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

CARLOS ARTURO DIAZ—Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, agosto diez y ocho de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

En auto de fecha doce de marzo de mil novecientos treinta, el señor Administrador de la Aduana de Tumaco, fundado en el reconocimiento número primero, expedido y certificado por los empleados respectivos de la misma Aduana, libró orden de pago, mediante la jurisdicción coactiva de que está investido, contra la persona y bienes de Asociación Mercantil del Pacífico y Gerhard Sager & Co., de Pasto, y a favor del Tesoro Nacional, por la cantidad de seis mil sesenta y ocho pesos ocho centavos, proveniente de derechos fiscales por impuesto de aduana, por el valor de los intereses legales que se causen hasta la fecha del pago definitivo y por las costas del juicio.

Tramitada legalmente la ejecución con audiencia de ambos ejecutados, antes de la citación para sentencia, mediante apoderado debidamente constituido y reconocido, Gerhard Sager & Co., en memorial de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos treinta, propuso las siguientes excepciones:

1ª Carencia de derecho para pedir.

2ª Falsedad del título ejecutivo; y

3ª Error de cuenta.

En la oportunidad legal correspondiente se envió el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que es el competente para conocer del incidente, y quien después de haberlo tramitado en la forma legal, acogiendo y practicando las pruebas que las partes tuvieron a bien aducir, y allegados los alegatos correspondientes, previa la respectiva citación para sentencia, el diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta, dictó la de primera instancia, declarando:

"1º Improcedente la excepción de carencia de derecho para pedir.

"2º Procedentes y demostradas las excepciones de falsedad del título ejecutivo y de error de cuenta, en favor de los ejecutados Gerhard Sager & Co., de esta plaza.

"3º Suspéndase la ejecución respecto de dichos señores, y desembárguense los bienes que a ellos se les hubieren embargado, haciendo las debidas cancelaciones de aquel embargo.

"4º Siga la ejecución con respecto a la Asociación Mercantil del Pacífico, domiciliada en Tumaco, hasta el completo pago de toda la suma ejecutada.

"5º Cúmplase con lo ordenado con las copias que se mandan tomar."

Como el señor Fiscal del Tribunal sentenciador interpuso recurso de apelación contra este fallo en el acto de la notificación, concedido que él fue en el efecto suspensivo, vinieron los autos a la Corte, donde, tramitado legalmente con la intervención del señor Procurador General de la Nación, ha llegado la oportunidad legal de decidir acerca de los fundamentos jurídicos del recurso, y a ello se procede, previas estas consideraciones:

Primera. Sintéticamente apreciados, los fundamentos cardinales de las excepciones propuestas son estos:

"Porque los cargamentos de los señores Sager & Co., que causaron el impuesto que se contrae en los avisos de liquidación llevados al juicio, o llegaron a la consig-

nación de los señores Asociación Mercantil del Pacífico, o éstos representaron directamente ante la Aduana, con el carácter de endosatarios, como así lo afirma paladinamente el señor Administrador en su certificación número veintidós, del diez y siete del mes en curso, que se le solicitó sobre otros particulares.

"Si lo primero, los únicos responsables por el valor de esos derechos son seguramente los señores Asociación Mercantil del Pacífico, porque, según el precepto muy claro del artículo 90 de la Ley 85 de 1915, sobre régimen de aduanas, para que un consignatario pueda obligar al dueño de las mercancías, deberá presentar en la Aduana un poder suficiente de dicho dueño. Y consta por la misma certificación, y también por el testimonio jurado del señor Edmundo Delgado, socio Administrador de la firma Asociación Mercantil del Pacífico, que estos señores no fueron instituidos por ningún modo ante la Aduana como apoderados de Gerhard Sager & Co., dueños de la mercancía.....

"Si lo segundo, los responsables serían, y con mayor razón los mismos señores de Asociación Mercantil del Pacífico, porque así lo dispone terminantemente el artículo 91 de la Ley 85, que a la letra dice:

'Las facturas de mercancías que se importen a la República son endosables antes de que éstas lleguen al puerto de destino, o al momento de ser manifestadas para la importación, y entonces el pago de los derechos será de cargo del endosatario.'

Declara en seguida el excepcionante que en este último extremo, y por cuanto a cargo de la Asociación se sentaron los reconocimientos de los impuestos fiscales y se libraron los avisos de liquidación, según se confirma con la declaración del señor Edmundo Delgado, socio Administrador de aquella Casa, "quien intervino directa y personalmente ante la Aduana en todas las diligencias relacionadas con la importación de la carga de los señores Sager & Co.," hay que concluir que "en estas condiciones es de rigurosa aplicación la doctrina del artículo 357 del Código de Comercio, que textualmente dispone:

'El comisionista que obra a su propio nombre, se obliga personal y exclusivamente a favor de las personas que contratan con él, aun cuando el comitente se halle presente a la celebración del contrato, se haga conocer como interesado en el negocio, o sea notorio que éste ha sido ejecutado por su cuenta.'

Con respecto a la excepción de falsedad del documento ejecutivo, admite el excepcionante que, aunque el título traído a los autos, esto es, el reconocimiento número primero, de diez de marzo de mil novecientos treinta, reúne aparentemente las condiciones exigidas por los artículos 180 de la Ley 105 de 1890 y 47 de la Ley 40 de 1907, "comoquiera que no presente irregularidades de forma, y es expresivo de una obligación clara, expresa y de plazo vencido, a cargo de los señores Asociación Mercantil del Pacífico y Gerhard Sager & Co., por razón de derechos de aduana"; no obstante estas apariencias, "el citado documento está viciado de falsedad, desde luego que no se conforma con la verdad de los asientos que se describieron en su día, a tiempo de causarse el impuesto, en el libro de Registro de Rentas por cobrar, con todos los pormenores exigidos por la circular número 54, de primero de marzo de mil novecientos veinticinco, procedente de la Contraloría General de la República."

Que los reconocimientos hechos en el Registro de Rentas por cobrar aparecen librados a cargo exclusivamente de Asociación Mercantil del Pacífico, como únicos deu-

dores de los derechos de aduana a que se refieren los avisos de liquidación que figuran en el juicio, y que fueron entregados a los mismos; y que como en el reconocimiento que figura como base del mandamiento de pago están incluidos como deudores mancomunados con Asociación Mercantil del Pacífico los señores Gerhard Sager & Co., hay falsedad, desde luego que tal documento no es una copia fiel de los asientos de los libros de la Aduana, y puesto que se incluye a personas que no figuran en tales reconocimientos.

La excepción de error de cuenta la funda el interesado en que hay error en la persona del deudor por las razones antes expresadas, puesto que al incluir en el reconocimiento el nombre de los señores Gerhard Sager & Co., como deudores solidarios con Asociación Mercantil del Pacífico, por obra de la falsedad, se les hizo aparecer como deudores, no siéndolo.

Segunda. El Tribunal, para dictar la sentencia de que se trata, tuvo en cuenta que la excepción de carencia de derecho para pedir "no estaba incluida entre las que taxativamente contempla el artículo 1098 del Código Judicial; y respecto a la de falsedad del documento o título ejecutivo, la declaró probada, teniendo en cuenta que si dicho título debe ser una copia de los libros de la Aduana, 'es falso desde que copia un nombre que no aparece en original'; y que si tal título como original, con referencia a los libros, hace una referencia falsa, debe tenerse como tal, porque la firma de Gerhard Sager & Co. no aparece como obligada, y concluye: 'y si el título hace referencia a lo que para el Tribunal son los verdaderos reconocimientos, es decir, se refiere a los datos de los manifiestos, también encuéntrase que en éstos aparece como importador, y por consiguiente, deudor del impuesto, la Asociación Mercantil y no la Sager. Y si el punto de referencia deben ser los avisos de liquidación, encuéntrase que ellos fueron dados a la Mercantil, y que allí no aparece para nada la Sager.'

Para sustentar estas conclusiones, el Tribunal hace los comentarios que en seguida se copian, y que se refieren también a la excepción de "Error de cuenta," que también reconoce como probada:

"Y no cabe la menor duda respecto a que hay falsedad en simular en una referencia los datos de tal referencia. Es ésta una falsedad mental, de aquellas a que se refiere la Corte Suprema de Justicia en la doctrina que transcribe el excepcionante. Y así el Tribunal debe declarar la existencia de la falsedad en el documento que ha servido de base a la ejecución.

"El señor Fiscal, en su alegato final, reconoce la existencia evidente de la inexactitud que acaba de indicarse como originaria de falsedad civil. Pero dice que aunque todo ello sea así, el título ejecutivo debe tenerse como cierto y legítimo, ya porque emana de los certificados rendidos por los empleados de la Oficina, ya porque proviene de un libro creado por el Administrador de Aduana, libro no prohibido por las leyes, ya porque ha sido reconocido por los deudores.

"Estas afirmaciones del señor Fiscal lo conducen lógicamente a estudiar el vínculo de derecho existente entre la Nación, que cobra el impuesto, y aquellos que deben pagarlo. Al respecto se expresa así:

"Y se dice lo anterior, porque el documento, base de la ejecución, de folio 4, tiene respaldo en los documentos de folios 5 a 37, e indudablemente es a él a quien se refiere el numeral 2º del artículo 1096 del Código Judicial, siendo de advertir que si en este título ejecutivo no sólo

se habló de la Asociación Mercantil del Pacífico, sino también de la casa comercial Gerhard Sager & Co., ello se hizo en virtud de que la primera era comisionista y la segunda introductora, o la dueña de las respectivas mercaderías; a folio 114 vuelta, corre la siguiente carta-orden, de diez y seis de febrero de mil novecientos veintiocho, dirigida a los señores Hijos de F. J. Márquez y por la Casa Gerhard Sager, que se transcribe en lo pertinente: 'confirmamos nuestro telegrama de hoy suplicándoles endosar en lo futuro los documentos de embarque a la Asociación Mercantil del Pacífico; hemos resuelto hacer este cambio por una oferta especial de nuestro amigo Edmundo Delgado, quien nos garantizó condiciones sumamente ventajosas,' y si al respecto alguna duda quedare, este Ministerio allegó las respectivas facturas consulares y manifiestos, de donde claramente se ve que las mercaderías que causaron los derechos ejecutivamente cobrados, fueron consignados a la Asociación Mercantil del Pacífico por cuenta de los señores Gerhard Sager & Co.; la Asociación Mercantil del Pacífico, comisionista designada por Gerhard Sager & Co., no cancelaron los respectivos derechos que éstos últimos debían cancelar en la Aduana de Tumaco por la introducción de mercaderías al país, luego los dueños de esas mercancías, o sea los mismos señores Gerhard Sager & Co., consecuentemente estuvieron en la obligación legal de verificar dicho pago, pues terminantes son al respecto los artículos 46, 47, 50, 62, 76, 68, 69, 72, 103 de la Ley 85 de 1915, y en las Leyes 78 de 1916, 59 de 1917, 64 de 1918, 113 de 1919, 97 de 1923 y 103 de 1928, hay preceptos que hablan demasiado claro al respecto.'

"Para deducir la calidad de deudora en la firma de Sager & Co., el señor Fiscal invoca la calidad de dueña de la mercadería, dominio que le convierte en **introducción**. ¿Quién debe pagar los derechos de aduana? La ley terminantemente ha dispuesto que sea el introductor. ¿Quién es el introductor? Puede serlo el dueño de la mercadería, puede serlo el consignatario, puede serlo un tercero distinto de los dos.

"No en todo caso puede decirse que el comerciante a cuya cuenta aparecen remitidas las mercaderías en la factura consular, sea el responsable del impuesto, pero ni siquiera puede afirmarse que por decir la factura consular que la remisión se hace por cuenta o a la cuenta o para la cuenta de una determinada persona, ésta sea la dueña de esas mercancías. Múltiples relaciones comerciales puede haber entre un consignatario y el comerciante a cuya cuenta vienen las mercaderías. Por ejemplo, en el caso de estudio, la Mercantil, que aparece como consignatario, puede ser una simple comisionista de Sager, que aparece como comerciante a cuya cuenta se enviaron las mercancías, para nacionalizar y recibir la mercadería; o bien puede ser un comisionista del despachador para recibir, nacionalizar y entregar a Sager la mercadería. En ambos casos la Mercantil es el consignatario, pero en el primero, el introductor es Sager, y en el segundo, es el mismo despachador. También puede suceder que, por convenios entre la Sager y la Mercantil, ésta hubiera hecho la importación para aquélla, y entonces la Mercantil sería la introductora. También puede suponerse que la Mercantil vendió a la Sager la mercadería que representaba en estas plazas, con la obligación de entregarla franca en el domicilio del comprador, pero habiendo adquirido éste la propiedad desde el lugar del despacho, para permitirle enajenaciones en el tránsito; en este caso la Mercantil sería la introductora, a pesar de que Sager sea el dueño, y a pesar de que la mer-

cadería esté por su cuenta y riesgo. Estos ejemplos, que podrían multiplicarse indefinidamente, demuestran que el sólo hecho de figurar un nombre en la factura consular, no implica que ese nombre deba pagar los derechos.

"El legislador no ha establecido, por vía general, quién deba ser considerado como deudor del impuesto de aduanas, porque esto era innecesario. La ley, en este caso, no procura otra cosa que el cobro de los derechos. Estima que el pago es correcto, hágalo quien lo haga. No necesita indicar quién debe hacerlo, ya que el pago no va a cobrarse personalmente de alguien, sino que se hace por el que tenga interés de hacerlo, y en caso de no hacerse, se hará con el producto de las mercancías rematadas. Por ello, salvo casos especiales, no hay disposición general que determine cuál es el importador, o mejor dicho, a quién debe considerarse como tal. El artículo 68 de la Ley 85 de 1915, se vio en la necesidad de fijar una presunción legal respecto del introductor para los casos allí previstos, precisamente por no haber una presunción general, de quién deba ser considerado como introductor.

"Lo que acaba de decirse destruye la argumentación del señor Fiscal a este respecto, y destruye también la objeción que pudiera ponerse a lo dicho antes, respecto a la falsedad del título ejecutivo en relación con su veracidad resultante de la unidad de la oficina. Tal argumento podría proponerse así: si bien es cierto que de los libros no aparece que Sager deba, esto resulta de los otros papeles de la Aduana, y resulta del conocimiento que sobre el particular tienen los empleados que han certificado. Esos otros papeles serían las facturas consulares, y la declaración, que en el mismo manifiesto se hace, de ser la mercadería para Sager. Los derechos se causaron. Consta que no los pagaron. Luego los deben los introductores, que no son otros que la Mercantil y la Sager.

"Esta objeción lleva envuelto un gran fondo de verdad y de necesidad real. Pero ella no puede ser acogida cuando se trata de ventilar lo referente a procedimiento. Téngase presente que en la actualidad el Tribunal no ventila si en verdad los Sager deben o no deben, sino simplemente si el título en que se declaró esa deuda es verdadero o no. Y decimos que no es verdadero, porque las referencias que se hacen son falsas. Además, no hay constancia en la Aduana, por lo menos no aparece en autos, que los Sager sean los introductores de la mercadería. Esto es lo más probable, pero el Juez de derecho no puede condenar sino sobre pruebas concretas y no sobre simples probabilidades de hombre.

"Hay que distinguir entre quién es el introductor y quién debe recibir la mercadería. Porque no siempre la entrega ha de hacerse a él. A este respecto la ley es clara. La mercadería, después de pagados los derechos, debe ser entregada conforme a lo dispuesto en los artículos 1º de la Ley 26 de 1923 y 91 de la Ley 85 de 1915. Y tampoco el derecho de recibir la mercadería implica jurídicamente el deber de pagar los impuestos arancelarios de la aduana.

"Así, pues, el Tribunal reafirma su pensamiento declarado antes, de que el título ejecutivo, al hacer referencias a los asientos de los libros, simula parte inexistente de esos asientos. Si el asiento no pone los valores a cargo de Sager, es falsa toda referencia que a ellos se haga, diciendo que asientan tal cargo para tal nombre. Hay una simulación que constituye falsedad mental."

Tercera. El Tribunal sentenciador cita, para contrariarla, la doctrina de la Corte Suprema, según la cual "no le es dado al Juez inquirir si los reconocimientos de que habla el numeral segundo del artículo 1096 del Código Judicial, están bien o mal hechos; basta que se hayan practicado por quien puede y debé hacerlo, y que expresen cantidad determinada a favor del Fisco."

Esta doctrina señala perfectamente el alcance de la disposición que ella desarrolla, desde luego que el mérito ejecutivo que prestan las copias de tales reconocimientos se funda en el carácter oficial que los recaudadores asumen para cobrar a los deudores del Fisco las rentas o contribuciones; carácter que da autenticidad a los documentos o reconocimientos que ellos expidan con el fin indicado, y carácter que el Tribunal reconoce, pero al cual no le da el debido efecto.

Ahora bien: si el impuesto de aduanas procede de la introducción de las mercancías al país, con el fin de nacionalizarlas, es decir, de hacerlas aptas para el comercio lícito dentro de la República; si el hecho de la introducción y la nacionalización da origen al impuesto en favor del Estado, debe concluirse qué quien en su provecho propio realiza estas operaciones, es quien debe asumir la obligación correspondiente. Y si, según los documentos presentados para la nacionalización, es propietario de las mercancías cuyos impuestos actualmente se cobran, o, en otros términos, si quien hizo la introducción al territorio de la República en su interés particular, según lo declaran aquellos documentos, manifiestos y facturas consulares, es la Casa Sager & Co., hay que concluir que es ella también la obligada a pagar los impuestos correspondientes.

Y si los hechos generadores de la obligación de pagar el impuesto, están demostrados mediante documentos auténticos, que llenan los requisitos exigidos por la ley, debe decidirse que esa demostración es suficiente para que la obligación se haga efectiva, sin que para ello sea óbice el argumento de la falsedad, que no existe, desde luego que no se ha demostrado que esos hechos generadores no sean verdaderos. Y que se crea que esa falsedad existe, porque el documento, base de la ejecución, no sea la copia de un libro determinado, es hacer prevalecer lo adjetivo sobre lo sustantivo, es negar la existencia de la realidad de un hecho, porque ese hecho no aparezca demostrado en una forma especial, que al excepcionante se le ocurre; siendo así que la exigencia de la ley acerca del documento ejecutivo en estos casos, es la de que éste sea un reconocimiento hecho por el empleado recaudador competente y a cargo de los deudores del Fisco, con base en los libros que ese mismo empleado, en desempeño de su mandato, y para la demostración de todas sus operaciones de contabilidad, que lo hacen responsable ante el mismo Fisco, lleve, bien sea con sujeción estricta a los reglamentos de contabilidad, ora por su propia iniciativa y para mejor demostración de sus operaciones, y siempre, eso sí, que los hechos, base de este reconocimiento, sean reales, que ellos impongan obligaciones a esos deudores, conforme a la ley. Y como en el presente caso no se ha demostrado que esos hechos no sean efectivos, hay que concluir que si esos documentos, base del reconocimiento, son legales, está también legal y suficientemente probada la obligación que en la actualidad se pretende hacer efectiva a cargo de los excepcionantes, y que no existe el reparo de falsedad que a los documentos se les atribuye, porque estos no son otra cosa que la expresión fiel de la existencia de esos mismos hechos.

Y aun admitiendo, en gracia de discusión, que los asientos en ciertos libros de la Aduana mencionaran solamente a algunos de los obligados, la ley autoriza la corrección de los errores, no sólo a este respecto, sino también en lo relativo a los resultados aritméticos de las operaciones; y si con esta autorización los recaudadores modifican posteriormente esos asientos, es inadmisibles el pretender que la corrección de un error pueda ser falsedad, siendo así que esa corrección no tiende a otra cosa que a poner la verdad en su punto, para que la justicia se haga con base en ella y pueda así satisfacerse la misión de los encargados de administrarla, dando a cada uno lo que es suyo.

Tampoco es admisible, desde ningún punto de vista, la conclusión a que ha llegado el Tribunal sentenciador, declarando probadas las excepciones de falsedad del título ejecutivo y de error de cuenta en favor de los ejecutados Gerhard Sager & Co., con fundamento en la existencia de la pretendida falsedad, pues si se reconoce que el propietario de las mercancías es Gerhard Sager & Co., y que el introductor es la misma entidad; en presencia de estos hechos palpables no se puede negar la obligación de dicha Casa de pagar los impuestos que hoy se cobran, desde luego que la propiedad de las mercancías y la nacionalización por su cuenta, son los hechos que generan, según la ley, tal obligación; desde luego que los únicos que pueden disponer como dueños de tales mercancías son ellos, y más si se estima que éstas, como incluidas en su patrimonio, son prenda legal que responde de la efectividad de los impuestos que las gravan.

Además, existe en los autos, y suministrada por el propio excepcionante, la prueba de los pagos hechos en otras circunstancias y por conceptos de derechos de aduana, sobre mercaderías introducidas por la misma Casa y en las mismas circunstancias de las de que aquí se trata, esto es, siendo comisionista Asociación Mercantil e introductores Gerhard Sager & Co., mediante giros expedidos contra esta entidad por Asociación Mercantil, y que fueron cubiertos por la primera. Ahora bien: si estos últimos atendieron los giros hechos por Asociación Mercantil del Pacífico y por conceptos de derechos de aduana, según lo expresa el apoderado de la Casa, indudablemente lo hicieron porque las mercancías fueron nacionalizadas e importadas por su cuenta, y porque Asociación Mercantil del Pacífico obró en la condición de comisionista de transportes, autorizada para nacionalizar, no por cuenta propia sino de su comitente; y en este caso la responsabilidad que éste asumió entonces, y desde luego que no hay prueba en contrario, es sin duda la misma que hoy se le exige, dado que la nacionalización e introducción de las mercancías cuyos impuestos ahora se les cobran, ha sido hecha en las mismas condiciones, esto es, por su cuenta, según lo rezan las facturas y manifiestos que a ellas se refieren; sin que sea necesario, en vista de estas pruebas, entrar en suposiciones o en hipótesis más o menos arbitrarias respecto de quién sea el responsable del impuesto, dado que la ley deduce esa responsabilidad sobre la persona que aparezca como dueño de las mercancías en la factura consular respectiva, a menos, como la misma ley lo autoriza, que así la factura como los demás documentos aparezcan endosados a persona distinta antes del desembarco, o en el momento de la nacionalización, endoso del cual no hay prueba en los autos.

Sobre este asunto, el señor Procurador General de la Nación hace este comentario, que la Corte acoge por estimarlo jurídico:

"Se pueden, por consiguiente, sentar como hechos nítidos, comprobados, éstos: las mercancías eran de propiedad de Gerhard Sager, y fueron remitidas, transportadas y recibidas por cuenta de ellos; Asociación del Pacífico era una simple comisionista de Sager para recibir en Tumaco la mercancía susodicha.

"Siendo esto así, se deduce que el introductor de la mercancía era Gerhard Sager, y que Asociación del Pacífico era un simple comisionista de aquella Compañía para tales efectos. Por consiguiente, los gravámenes fiscales que deben pesar primordialmente, en conformidad con todas las leyes de aduana y de derechos consulares, sobre Gerhard Sager & Co., pues tales disposiciones legislativas los imponen a los introductores y a aquellos por cuya cuenta las mercancías se remiten; y en segundo lugar, de acuerdo con las leyes mercantiles, que obligan al comisionista a cumplir las obligaciones que por leyes fiscales se imponen al comitente, pesa también dicha obligación sobre Asociación Mercantil del Pacífico. Pues ésta, como comisionista, está obligada también a cumplir las leyes fiscales que directamente recaen sobre el comitente, al tenor del artículo 352 del Código Mercantil, en concordancia con el artículo 443 del mismo, que dicen:

'Artículo 352. El cumplimiento de las leyes y reglamentos, que en cualquier sentido conciernan al negocio cometido, es de la responsabilidad del comisionista, aun cuando tenga órdenes expresas de su comitente para eludirlo.'

'Es un deber del factor o dependiente cumplir las leyes fiscales y los reglamentos de la Administración Pública, en cuanto conciernan a los negocios de su cargo.

'Las multas en que incurrieren por la infracción de las leyes y reglamentos, serán cubiertas con los bienes que administren, quedando ellos obligados a indemnizar a sus comitentes.'

"Mas se ha dicho que Asociación Mercantil, al recibir la mercancía anticipadamente del Administrador de la Aduana, obró a nombre propio, y, por lo tanto, ninguna obligación tiene su comitente Gerhard Sager en relación con las consecuencias gravosas de este acto particular y propio de su comisionista, y hasta se ha citado para confirmar tal conclusión, el artículo 357 del Código Mercantil, que dice:

'El comisionista que obra a su propio nombre, se obliga personal y exclusivamente a favor de las personas que contratan con él, aun cuando el comitente se halle presente a la celebración del contrato, se haga conocer como interesado en el negocio, o sea notorio que éste ha sido ejecutado por su cuenta.'

"Admito la cita como una confesión de Gerhard Sager de que Asociación del Pacífico era comisionista suyo para recibir la mercancía. Pero la rechazo en cuanto a la consecuencia que de ella se quiere deducir. Si el derecho a los impuestos de aduana y consulares procediera del pacto ése, contrario a la ley, celebrado entre el Administrador de la Aduana y Asociación Mercantil del Pacífico, podría muy bien deducirse tal conclusión del artículo citado. Pero como el impuesto procede de la introducción de la mercancía, y se ha probado que con respecto a ella la Asociación Mercantil del Pacífico era representante de Gerhard Sager; como los impuestos no nacieron del pacto, sino que ya se debían con anterioridad a él, dedúcese que ningún efecto pudo tener tal convenio privado para modificar la persona del deudor primitivo.

"Se ha sostenido también que la falta de cumplimiento del Administrador de la Aduana de sus deberes legales, al haber entregado las mercancías a Asociación Mercantil del Pacífico sin haber percibido previamente el valor de los impuestos, debe acarrear las consecuencias gravosas que de ello se han deducido a quien fue el responsable de tal infracción, no a quienes ninguna parte tuvieron en el desconocimiento de la ley. No niego que el acto ejecutado por el Administrador puede acarrearle una responsabilidad civil, por el alcance que pueda deducirse por tal motivo en las cuentas de Aduana. Pero ello no quita que el deudor primitivo quede tan obligado después como estaba antes de esa concesión ilegítima, otorgada a su comisionista por el Administrador de la Aduana. Voy a exponer las razones.

"Las mercancías retenidas en la Aduana por disposición legal, hasta tanto que el deudor pagara el impuesto, pueden considerarse como una prenda para garantizar el pago de dicha obligación: la Nación, el acreedor; la deuda, los impuestos; el deudor, como se ha probado, Gerhard Sager & Co.; la prenda, las mercancías. Por consiguiente, la entrega que hizo el Administrador de la Aduana, en representación de la Nación, a Asociación Mercantil del Pacífico, comisionista para recibir de Gerhard Sager, de las mercancías, antes del pago del impuesto, es, jurídicamente, la remisión de una prenda hecha por el acreedor prendario a su deudor. Ahora bien: la remisión de la prenda no extingue la deuda que ella garantiza o afianza, luego, a pesar de la entrega, la deuda del impuesto subsiste a cargo del primitivo deudor.

"Que la entrega de la prenda no extingue la obligación principal que ella afianza, se deduce, por la misma naturaleza de dicha obligación, que es accesorio, y si lo accesorio sigue el camino de lo principal, no así a la inversa, las modificaciones de lo accesorio no influyen en lo principal para nada. De un acto de liberalidad del acreedor para con su deudor no es justo interpretar que se extiende a más de lo que en él se indica. Y, finalmente, estos motivos de razón están plenamente acogidos en las disposiciones positivas de nuestra legislación civil. Basta leer el inciso 2º del artículo 1713 del Código Civil, que dice:

'La remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda'; y en concordancia con él, los artículos 1454 y 1186 del mismo Código, que aplican el mismo principio a la remisión de la prenda por acto entre vivos o acto testamentario, así como el artículo 210 del Código Mercantil, que dispone que el recibo de la entrega de una prenda no prueba la liberación de la deuda principal. Por consiguiente, se ha de concluir que el acto ejecutado por el Administrador de la Aduana, si bien puede acarrearle a él una responsabilidad civil, para el caso de que los impuestos no puedan cobrarse de sus primitivos deudores, en nada modificó la obligación de éstos.

"De aquí que si las mercancías eran de propiedad de Gerhard Sager, si fueron remitidas, transportadas y recibidas por cuenta de esta Compañía; si el convenio celebrado por el Administrador de la Aduana con Asociación del Pacífico, en nada modificó sus obligaciones primitivas, y si la entrega de la mercancía no implicó una remisión del impuesto, se ha de concluir, que la cuestión propuesta en la primera parte: ¿Gerhard Sager y C., de acuerdo con las leyes, son deudores de los im-

puestos por los cuales han sido ejecutados?, es necesario que se conteste con una respuesta afirmativa.

"Ya se ha visto en la primera parte de este estudio que Gerhard Sager & C^a son deudores del Tesoro Público por razón de contribuciones de aduana, el Administrador reconoció esta deuda a favor del Tesoró; luego este reconocimiento corresponde a la realidad, está ajustado a los hechos, es verdadero, no puede tacharse de falso. Y es de advertir que en la leyenda del reconocimiento en que se indican los motivos y conocimientos que se tuvieron en cuenta para confeccionarlo (la cual no es ni mucho menos parte esencial de dicho reconocimiento), se indicaron precisamente los documentos de los cuales se ha desprendido la obligación de Gerhard Sager.

"El excepcionante, para probar la falsedad de que, dice, adolece el recaudo ejecutivo, se ha colocado en una situación que no es la real; ha considerado que el reconocimiento viene a ser copia o extracto, o algo por el estilo, de las liquidaciones, manifiestos, datos del registro de cuentas por cobrar, u otros documentos en los cuales no aparece él como deudor de la Aduana, y que, por lo tanto, como en el reconocimiento aparece tal, éste no puede menos de ser falso. Pero no: el reconocimiento no es copia ni extracto de ninguno de esos documentos; él es, como está claro, un documento independiente, confeccionado por el Administrador con el mismo derecho con que hubiera otorgado cualquiera de estos otros documentos, los cuales no se tuvieron en cuenta para copiarlos o extractarlos, sino solamente, así como los demás documentos de la Aduana, para averiguar el Administrador quiénes eran deudores del Tesoro Público, y así deducirles su deuda. Más valiera que el excepcionante hubiera rechazado francamente la facultad del Administrador para hacer el reconocimiento en la forma en que lo hizo, y que hubiera probado la razón de su rechazo, que fingir que éste es una copia o extracto de tales y cuales documentos, y poner todo su conato en demostrar que tal hipotética copia es falsa; porque claro está que si el reconocimiento fuera una copia de los documentos que el excepcionante cita, sería falso; pero lo que se niega y se ha negado es que el reconocimiento sea copia.

"Por tanto, si el Recaudador tenía facultad legal para hacer el reconocimiento, y si lo hizo para deducir en él una deuda verdadera, como se ha probado, hay que concluir que este reconocimiento es legítimo recaudo ejecutivo para cobrar esa deuda."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia que ha sido materia del recurso de apelación, y en su lugar resuelve:

Decláranse no probadas las excepciones de falsedad del título ejecutivo y de error de cuenta, presentadas por los ejecutados Gerhard Sager & Co., de Pasto, y en consecuencia se dispone continúe la ejecución sobre los bienes afectados a ella, hasta llevar a efecto el remate de los mismos.

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

CARLOS ARTURO DIAZ—Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, septiembre nueve de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

Haciendo uso del poder que mediante memorial telegráfico aparece conferido con fecha treinta y uno de agosto anterior, y presentado en la forma legal, el señor doctor don Eduardo Rodríguez Piñeres, en escrito de la misma fecha, comparece pidiendo en nombre de Gerhard Sager & Co., de Pasto, que se revoque o reforme el auto de fecha diez y ocho de agosto del año en curso, y se declare probada la excepción propuesta con el nombre de error de cuenta, en el juicio ejecutivo seguido contra esa firma y Asociación Mercantil del Pacífico por el Administrador de la Aduana de Tumaco, para el pago de derechos de importación de mercancías; y como esa petición aparece hecha en tiempo hábil, se pasa a decidir acerca de sus fundamentos jurídicos.

En primer término, y antes de estudiar el fondo mismo de las cuestiones propuestas por el reclamante, se hace preciso determinar la esencia de la providencia de que se trata, para decidir si puede o nó ser reformada o revocada por el mismo Juez o Tribunal que la pronuncie, de acuerdo con la disposición del artículo 17 de la Ley 169 de 1896.

Como se trata de una sentencia dictada sobre las excepciones propuestas en juicio ejecutivo, se hace necesario determinar si ella es definitiva o interlocutoria. A este propósito la Corte, en fallo dictado con fecha veinte de marzo del año en curso, en las excepciones propuestas por los herederos de Ignacio Alvarino, en la ejecución seguida contra ellos por la Nación, dijo:

"El artículo 824 del Código Judicial define la sentencia definitiva diciendo que es la que se pronuncia sobre la controversia que ha sido materia del juicio, o sea sobre lo principal del pleito.

"En un juicio ejecutivo no hay propiamente discusión o controversia sino cuando se proponen excepciones. Faltando éstas, el juicio se circunscribe al libramiento del mandamiento ejecutivo de pago, el cual se dicta sin citar ni oír al deudor, y a la práctica de las diligencias ejecutivas. En tal caso lo que se conoce con el nombre de sentencia de pregón y remate, no implica fallo sobre controversia alguna, pues es la simple declaración de que, no habiendo el ejecutado opuesto excepciones, esto es, que no habiéndose suscitado controversia alguna sobre la obligación demandada, es el caso de llevar adelante la ejecución tal como se decretó, y de rematar los bienes sometidos a la traba del juicio. En cambio, propuestas las excepciones, surge una verdadera controversia sobre la obligación cuya efectividad se persigue en el juicio, o sea sobre lo principal de éste, y como esa controversia viene a quedar desatada en el fallo de las excepciones, es palmario que éste tiene carácter de sentencia definitiva dentro del propio juicio, de acuerdo con la definición ya conocida."

Dada la claridad de este comentario, parece inútil añadir otros, que demuestren que en tratándose del fallo sobre las excepciones propuestas en el juicio ejecutivo, él asume el carácter de sentencia definitiva, a la que debe aplicarse la disposición del artículo 17 de la Ley 169 de 1896, según la cual, y por regla general, "la sentencia definitiva no puede revocarse ni reformarse por el mismo Juez o Tribunal que lo pronuncie."

Y por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que por tratarse de una sentencia definitiva, no es el caso de reformar o revocar la que fue dictada con fecha diez y ocho de agosto anterior, y a la cual se refiere la petición de que se ha hecho mérito.

Cópiese y notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y oportunamente devuélvase el proceso al Tribunal de donde procede.

LUIS F. ROSALES—Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, agosto veinte de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Arturo Díaz).

Vistos:

Ante el Tribunal Superior de Bogotá, el señor Agustín Sabogal demandó a la Nación para que fuera condenada a pagarle la suma de seis mil doscientos cincuenta y cinco pesos con ochenta y cuatro centavos (\$ 6,255-84), que dice le hizo perder el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por causa de la sentencia que esa corporación dictó en septiembre de mil novecientos veinte, y que le fue adversa en el juicio que seguía el demandante; los intereses corrientes del valor de los sueldos que Sabogal perseguía en juicio de justiprecio, adelantado por él y fallado también adversamente por el dicho Tribunal, y los perjuicios que le ocasionó la sentencia de cinco de julio de mil novecientos veinticuatro, y que corresponden a la mitad de los intereses corrientes de la suma de \$ 2,332.

El Fiscal del Tribunal a quien se le corrió el traslado de la demanda, antes de dar respuesta propuso las excepciones dilatorias de "inepta demanda," "declinatoria de jurisdicción" y de "identidad de la persona del demandante," que fueron declaradas no probadas. En seguida contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones del actor, y negando la causa o razón de la demanda. Abierto el juicio a pruebas, y agotada la tramitación legal, el Tribunal, por sentencia de veintiocho de octubre de mil novecientos treinta, declara probada como perentoria la excepción de inepta demanda, consistente en haberse establecido la acción contra persona o entidad no obligada a responder de ella, y por lo mismo, absolviendo a la Nación de todos los cargos aducidos contra ella.

El actor apeló de esta providencia, y concedido el recurso subieron los autos a esta Sala de la Corte, en donde, previa la tramitación correspondiente, se procede a decidir lo que se estima legal, mediante las siguientes consideraciones:

En la acertada vista del Procurador de la Nación se encuentran los siguientes apartes, que la Corte acoge como fundamento del presente fallo:

"La Nación, que no es otra cosa que la entidad de derecho público, formada por el conjunto de los ciudadanos que se han asociado con tal fin, y que tiene como representante de su persona jurídica al Estado, lleva en sí la soberanía, de la cual emana el Poder Público, destinado a hacer efectivas las obligaciones, las garantías y los derechos de los asociados, conforme al Estatuto Constitucional. Para este efecto representan ese poder los funcionarios que el mismo Estatuto y las leyes han creado, y cuyas facultades están expresamente limitadas.

De modo que cuando tales funcionarios obran en el ejercicio de sus funciones, tienen una pauta, de la cual no pueden apartarse, pues de lo contrario ya no proceden como representantes del Poder Público, ni comprometen a la Nación, que no los ha facultado, para actuar fuera de aquello hasta donde alcanza su soberanía. Entendida de esta manera la tesis del ejercicio del Poder Público, es evidente que ningún funcionario puede hacer responsable a la Nación por actos que ejecute, y con los cuales perjudique a los ciudadanos por lesión de sus derechos. En tal caso el funcionario que ha ejecutado el acto lesivo de esos derechos, responde personalmente ante el ciudadano perjudicado, por extralimitación de sus facultades o por omisión del cumplimiento de sus funciones.

"De ahí que si el Tribunal, al dictar las sentencias a que alude el demandante, obró fuera de la ley y de los principios constitucionales, no lo hizo ya en representación de la Nación, porque ésta no lo tenía facultado sino para cumplir la ley y la Constitución.

"La causa de la demanda no es plausible en consecuencia, y, por lo mismo, no existe el derecho en contra de la Nación, que invoca el demandante."

Sin necesidad de otras consideraciones, porque son muy fundadas las transcritas, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia recurrida.

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

JULIO LUZARDO FORTOUL—Enrique A. Becerra—Carlos Arturo Díaz—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, veintinueve de agosto de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

Al escrito de demanda que ante el Tribunal Superior de Bogotá, presentó el diez y nueve de septiembre de mil novecientos veinticuatro, el señor Benigno Alturo, con el carácter de apoderado de la Nación, pertenecen los párrafos que en seguida se leen:

"Benigno Alturo, mayor de edad y vecino de Bogotá, hablo como apoderado de la Nación, según copia debidamente legalizada que acompaño de la escritura pública número 829, otorgada en la Notaría 3ª de esta ciudad, y atentamente expongo:

"a) En virtud de pedido que el Ministerio de Obras Públicas hizo por cable el diez y ocho de mayo de mil novecientos veinte, la United States Steel Products Co., de Mobile, despachó para el Gobierno de Colombia, con destino a la **prolongación del ferrocarril del Norte**, tres mil cuatrocientos un rieles (3,401) de acero (mil toneladas), de a sesenta libras por yarda, de primera calidad. Dichos rieles llegaron a Cartagena a bordo del vapor **Lake Strymon**, el ocho de diciembre del año de mil novecientos veinte, y la Aduana de dicho puerto los entregó a los señores Pineda López & Compañía, para que los transportaran hacia el interior, por cuenta y orden del Ministerio citado, y con destino a la supracitada Empresa férrea, que pertenece a la Nación.

"b) Entre la documentación que acompaño (cable de pedido, manifiesto de aduana, factura consular, decla-

ración del Liquidador de Pineda López & Compañía, requerimiento judicial, etc.), se desprende que de los referidos tres mil cuatrocientos un rieles (3,401) recibidos en Cartagena por dichos señores Pineda López & Compañía, sólo llegaron al puerto de La Dorada, y se reexpidieron de allí, tres mil ciento cinco (3,105) rieles, faltando, por consiguiente, doscientos noventa y seis (296) rieles, que hasta la fecha **no han sido transportados ni entregados** al Gobierno de Colombia, ni a ninguno de sus agentes o empleados.

"c) El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público me confirió poder especial por medio de la citada escritura pública número 829, para que en nombre y representación de la Nación, haga las gestiones conducentes, a fin de obtener que se entreguen al Gobierno, representado por el señor Ministro de Obras Públicas, los mencionados doscientos noventa y seis (296) rieles faltantes.

"d) La sociedad colectiva de Pineda López & Compañía, se constituyó por medio de las escrituras números 1903, de veintiocho de agosto de mil novecientos diez y seis, y 467, de veinticuatro de abril de mil novecientos diez y siete, otorgadas en la Notaría 1ª de Barranquilla, cuyas copias, registradas, también acompaño, conforme a las cuales dicha Sociedad tenía domicilio en Bogotá y Barranquilla, y duraría por el término de cinco años, contados desde el veintiocho de agosto de mil novecientos diez y seis, expirados los cuales, asumiría la liquidación de dicha Sociedad el socio The Colombia Railways & Navigation Company Ltd., sociedad anónima, domiciliada en Londres (Inglaterra), con negocios establecidos en Colombia.

"e) En tal virtud, el veintiocho de agosto de mil novecientos veintiuno, el señor Alfredo Sim, apoderado general de The Colombia Railways & Navigation Company Ltd., y su representante legal en Colombia, según poder protocolizado en la Notaría 3ª de esta ciudad, bajo el instrumento número 365, de marzo cuatro de mil novecientos veintiuno, que también acompaño en copia registrada, asumió la liquidación de la Sociedad de Pineda López & Compañía, y ejerció esas funciones de Liquidador hasta el primero de julio de mil novecientos veintidós, fecha en que delegó y sustituyó el mismo cargo de Liquidador de Pineda López & Compañía, al señor Stan C. Squires, súbdito inglés, residente en Colombia, por medio de la escritura pública número 1263, otorgada en la fecha citada en la expresada Notaría 1ª de Barranquilla, de la cual acompaño igualmente copia registrada.

"f) Con fecha diez y ocho de octubre de mil novecientos veintidós, y por escritura número 2051 de la misma Notaría 1ª de Barranquilla, el señor Squires sustituyó totalmente aquel poder y el cargo de Liquidador de Pineda López & Compañía, al señor Carlos Estévez Bretón, quien ejerció tales funciones hasta el tres de agosto de mil novecientos veintitrés, fecha en que lo renunció, y lo devolvió al señor Alfredo Sim, por escritura número 361, otorgada ante el Notario 1º de Honda, en la misma fecha. Presento copias registradas de estas dos últimas escrituras.

"g) En la actualidad es apoderado de la liquidación de Pineda López & Compañía, en esta ciudad, el señor Alfredo Bateman, vecino de Bogotá, a quien le confirió poder para dicho efecto al señor (sic) Stan C. Squires, cuando éste ejercía el cargo de Liquidador; y también es apoderado y representante del socio Liquidador The Colombian Railways & Navigation Company Ltd., el señor Harry W. Cutbill, en esta misma ciudad.

"En tal virtud, y en nombre y representación de la Nación o República de Colombia, presento demanda contra The Colombia Railways & Navigation Company Ltd., sociedad anónima, domiciliada en Londres (Inglaterra), con negocios en este país, en su propio carácter y como socio y socio liquidador de Pineda López & Compañía, sociedad colectiva de comercio, domiciliada en Bogotá y Barranquilla, representada dicha entidad demandada en Bogotá, y así como se la demanda, por los señores Harry W. Cutbill y Alfredo Bateman, mayores de edad y vecinos de esta ciudad, para que con su audiencia y por la vía común, se la condene a lo siguiente:

"Primera. A entregar a la Nación o República de Colombia, en la ciudad de Bogotá, y en el plazo que se fije en la sentencia, doscientos noventa y seis (296) rieles de acero, de a sesenta libras por yarda, de primera calidad, nuevos y en perfecto buen estado, parte del lote de tres mil cuatrocientos un (3,401) rieles que recibieron los señores Pineda López & Compañía, de la Aduana de Cartagena, llegados a este puerto en el vapor *Lake Strymon*, el ocho de diciembre de mil novecientos veinte, procedentes de la United States Steel Products Co., de Mobile, para transportar por cuenta y orden del Ministerio de Obras Públicas, y con destino a la prolongación del ferrocarril del Norte; y en su defecto, a pagarle a la Nación o República de Colombia, dentro del tiempo que determine la sentencia, el valor de los dichos rieles puestos en Bogotá, según avalúo pericial que se haga en este mismo juicio por peritos nombrados en él, más los intereses corrientes de ese valor, desde la infracción del contrato, o desde haber quedado la entidad demandada constituida en mora, según fuere legal.

"Segunda. A pagar a la Nación o República de Colombia, en el tiempo que se fije en la sentencia, los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, por el valor en que se estimen en este mismo juicio por peritos nombrados en él.

"Tercera. A pagar a la Nación o República de Colombia, en el término que diga la sentencia, la multa de que trata el artículo 6º de la Ley 52 de 1919.

"Cuarta. A pagar los gastos y costas del pleito.

"Son hechos fundamentales de esta demanda, además de los expresados precedentemente a las anteriores peticiones, los siguientes:

"1º Haber recibido, para transportar, los señores Pineda López & Compañía, del Gobierno Nacional, por conducto de la Aduana de Cartagena, los tres mil cuatrocientos un (3,401) rieles, descritos en el ordinal primero de esta demanda, y no haber entregado y reexpedido en el puerto de La Dorada sino tres mil ciento cinco (3,105) rieles de este mismo lote.

"2º No haber transportado ni entregado al Gobierno, ni a ninguno de sus agentes, los doscientos noventa y seis rieles faltantes.

"3º Haber cobrado Pineda López & Compañía, y el Gobierno haber pagado a éstos la cuenta de fletes y gastos de transporte por el lote completo de tres mil cuatrocientos un rieles, entre Cartagena y La Dorada.

"4º No haber causa o razón por parte de los señores Pineda López & Compañía, representantes hoy (sic) por The Colombia Railways & Navigation Company Ltd., para retener los tan mencionados doscientos noventa y seis rieles.

"5º Estar en mora la Compañía demandada, de acuerdo con la ley y el requerimiento judicial adjunto, de verificar la entrega solicitada en primer término.....

"Fundo esta acción, en derecho, en los artículos 1502, 1503, 1546, 1602 y siguientes; 1729 y siguientes; 2073 y demás aplicables del Código Civil; disposiciones pertinentes del Título V, Libro II, del Código de Comercio y disposiciones aplicables del Código Judicial."

Los personeros de la parte demandada contestaron en esta forma:

"Yo Harry W. Cutbill, súbdito inglés, mayor de edad y vecino de Bogotá, doy contestación a la demanda propuesta por el señor Benigno Alturo, en nombre de la Nación, contra la Sociedad denominada The Colombia Railways & Navigation Company Limited.

"Me opongo a que la Compañía sea condenada al tenor de las cuatro peticiones materia del juicio.

"Respecto de los hechos, manifiesto:

"1° Los señores Pineda López & Compañía recibieron rieles para transportarlos a La Dorada, y correspondientes a la prolongación del ferrocarril del Norte. Mil cuatrocientos cuarenta rieles se entregaron al Inspector Fluvial por orden que el Ministerio de Obras Públicas comunicó en telegrama de fecha quince de junio de mil novecientos veintiuno, y más de dos mil rieles se entregaron para su transporte al Ferrocarril de La Dorada, de los cuales la mayor parte correspondían a dicha prolongación. En consecuencia, acepto, en parte, el hecho, y lo niego en parte.

"2° La Dirección de la Sociedad demandada, en Bogotá, no tiene conocimiento de que los señores Pineda López & Compañía hayan dejado realmente de entregar los cargamentos de rieles que recibieron para su transporte. Por el contrario, con documentos que se exhibirán oportunamente, podrá demostrarse el cumplimiento de las obligaciones de aquella Empresa. En tal virtud, niego este hecho.

"3° Como no me consta este hecho, lo rechazo, para que se compruebe el pago de los fletes y gastos de transporte férreo entre Cartagena y Calamar, y del transporte fluvial entre Calamar y La Dorada.

"4° No lo acepto.

"5° Lo niego.

"No convengo en el derecho alegado como apoyo de la demanda a que me refiero.

"Con respecto a la declaración de que hace mérito la parte demandante, rendida el diez y ocho de junio último por el señor Carlos Estévez Bretón, y a la carta privada que allí se inserta como suscrita por dicho señor el veinte de julio de mil novecientos veintitrés, observo que no tiene el valor probatorio que se le atribuye. De una y otra cosa se deduce que el antiguo Liquidador de Pineda López & Compañía, se propuso aclarar lo relativo al transporte de los rieles, y allegar todos los datos y comprobantes necesarios, pero no que la Compañía faltara a sus obligaciones. De no haber sido entregados los rieles, era aquel mandatario quien debía proceder a la entrega de los que faltaran, en cumplimiento de sus deberes y a fin de ahorrar a la Casa que representaba, reclamaciones que comprometieran su patrimonio o su nombre. Esta Compañía no se explica las relaciones o negocios que puedan existir entre él y el personero que denunció como ocultos los bienes de que se trata.

"Hago constar que la entidad demandada salva toda responsabilidad en esta cuestión, por no estar obligada a conservar los comprobantes de las expediciones o conducciones durante un tiempo mayor de seis meses, según

práctica legal y costumbre establecida. En esa virtud, alego la prescripción que reconoce el artículo 313 del Código de Comercio.

"Invoco, asimismo, la excepción de fuerza mayor, consistente en que el Gobierno Nacional envió agentes especiales que tomaron varios cargamentos de rieles, **manu militari**, relevando de sus obligaciones y responsabilidad a las entidades transportadoras."

"Yo, Alfredo Bateman, mayor de edad y vecino de esta ciudad, contesto la demanda que el señor Benigno Alturo, en nombre de la Nación, promovió contra la Sociedad denominada The Colombia Railways and Navigation Company Limited.

"Me opongo a que se hagan las condenaciones pedidas en la demanda.

"Respecto de los hechos, manifiesto:

"Al primero. Lo acepto en parte y lo niego en parte. Es cierto que los señores Pineda López & Compañía recibieron rieles pertenecientes a la prolongación del ferrocarril del Norte, para transportarlos a La Dorada. Dicho contrato de transporte fue cumplido, y los rieles quedaron entregados, unos al Inspector Fluvial, en virtud de órdenes del Ministerio de Obras Públicas, y otros al Ferrocarril de La Dorada.

"Al segundo. Lo niego.

"Al tercero. No lo acepto.

"Al cuarto. No convengo en lo que se afirma.

"Al quinto. Lo niego.

"Tampoco acepto el derecho alegado como apoyo de la demanda a que me refiero.

"De conformidad con el artículo 313 del Código de Comercio, alego la prescripción en favor de la Compañía.

"Invoco también la excepción de fuerza mayor, fundándola en que por actos del Gobierno la Empresa quedó exonerada de sus obligaciones."

El Tribunal falló la controversia con fecha diez y nueve de junio de mil novecientos veintinueve, en estos términos:

"Primero. Condénase a la parte demandada The Colombia Railways & Navigation Company Ltd., sociedad anónima domiciliada en Londres (Inglaterra), con negocios permanentes en Colombia, en su propio carácter y como socio y socio liquidador de Pineda López & Compañía, sociedad colectiva de comercio, domiciliada en Bogotá y Barranquilla, representada dicha entidad por los señores Harry W. Cutbill y Alfredo Bateman, a entregar a la Nación o República de Colombia, en esta ciudad de Bogotá, dentro de seis días después de ejecutoriada esta sentencia, doscientos noventa y seis rieles de acero, de sesenta libras por yarda, de primera calidad, nuevos y en perfecto buen estado, como parte del lote de tres mil cuatrocientos un rieles, que recibieron los señores Pineda López & Compañía, de la Aduana de Cartagena, traídos a ese puerto por el vapor **Lake Strymon**, el ocho de diciembre de mil novecientos veinte, procedente de la United States Steel Products Co., de Mobile, para transportar por cuenta y orden del Ministerio de Obras Públicas y con destino a la prolongación del ferrocarril central del Norte; y en defecto de la entrega de los doscientos noventa y seis rieles determinados, condénase a la parte demandada a pagarle a la Nación o República de Colombia, dentro del mismo término, el valor de dichos rieles, puestos en Bogotá, al precio que tengan, a juicio de peritos, el día en que, conforme a esta sentencia, deben ser entregados en especie, precio o valor, que se fijará en juicio separado.

"Segundo. Condénase asimismo a la parte demandada a pagar a la Nación o República de Colombia, a partir del día ocho de octubre de mil novecientos veinticuatro, la multa de que trata el artículo 6° de la Ley 52 de 1919, cuyo monto se fijará también en juicio separado.

"Tercero. No están probadas las excepciones de prescripción a que se refiere el artículo 313 del Código de Comercio Terrestre, y fuerza mayor, que han sido opuestas a la acción por los representantes de la parte demandada; y

"Cuarto. Condénase a la parte demandada a pagar a la demandante las costas del presente juicio."

Una y otra parte apelaron de la sentencia, y por ello la Corte, previa la tramitación correspondiente, procede a dictar el fallo de segundo grado.

No entra la Corte a examinar si aparecen comprobados todos y cada uno de los hechos que sirven de fundamento a la demanda, y de los cuales hubiera de derivarse la obligación de la parte demandada de hacer las prestaciones que de ella se reclaman, por aparecer justificada la excepción de prescripción opuesta en la contestación de la demanda.

Básase dicha excepción en el artículo 313 del Código de Comercio, el cual, en lo pertinente, establece:

"La responsabilidad del porteador por pérdida, desfalcos y averías, se extingue:

"4° Por la prescripción de seis meses en las expediciones realizadas dentro del Estado, y de un año, en las dirigidas a territorio extranjero u otro Estado de la Unión.

"En caso de pérdida, la prescripción principiará a correr desde el día en que debió ser cumplida la conducción, y en el de avería, desde la fecha de la restitución de las mercaderías."

De acuerdo con el inciso final de la disposición transcrita, es menester averiguar si aparece acreditada en los autos la fecha en que debió quedar concluido el transporte de los rieles a que se refiere la demanda, para asimismo determinar cuándo empezó a correr el término de la prescripción alegada.

No existiendo en el proceso la correspondiente carta de porte, ni prueba alguna de que entre el cargador y el porteador se hubiera estipulado plazo alguno para el transporte de la carga, tiene aplicación lo que el artículo 291 del Código citado establece en estos términos:

"No habiendo plazo prefijado para la carga, el porteador deberá recibirla y conducirla en el primer viaje que emprenda al lugar a que fuere destinada."

Para la aplicación de este texto legal, incumbe averiguar cuándo fueron recibidos por los señores Pineda López & Compañía, los materiales a que se refiere la demanda.

Del manifiesto de la Aduana de Cartagena, de fecha nueve de diciembre de mil novecientos veinte, y que en copia obra a foja 32 del cuaderno primero, consta que en la fecha expresada fueron recibidos en dicha Aduana 4,888 bultos de mercancía, destinada al Ferrocarril Central del Norte, despachados por United States Products Co., de la ciudad de Mobile, y conducidos por el vapor *Lake Strymon*, el cual hizo su entrada al puerto de Cartagena el ocho de diciembre del mencionado año de mil novecientos veinte. Entre esa mercadería figuran en el manifiesto 3,401 rieles de acero.

Además, por auto de veintiséis de enero de mil novecientos veinticinco, proferido por el Tribunal de primera instancia, se dispuso "solicitar del señor Inspector Fluvial del puerto de Calamar, por conducto del Ministerio de Obras Públicas, que informe por el mismo conducto al Tribunal cómo se reexpidieron de dicho puerto de Calamar para el de La Dorada, es decir, en qué vapores, viajes, conocimientos y fechas se embarcaron, y por cuenta de qué empresa transportadora, los 3,401 rieles procedentes del vapor *Lake Strymon*, de diciembre ocho de mil novecientos veinte, pertenecientes a la prolongación del ferrocarril del Norte," y se agregó que dicho informe debía darlo el Inspector Fluvial de Calamar, previo el estudio y examen de los datos que sobre el particular existieran en el archivo de su oficina y en el de la Agencia de The Colombia Railways & Navigation Company Ltd., en ese puerto.

Librado el correspondiente exhorto al señor Ministro de Obras Públicas, y habiendo ordenado éste el respectivo diligenciamiento al señor Inspector Fluvial de Calamar, este último funcionario dirigió al Presidente del Tribunal a quo el siguiente oficio:

"Limpia y Canalización del Magdalena—Inspección Fluvial de Calamar—Número 672—Calamar, marzo 4 de 1925.

"Señor Presidente del Tribunal Superior de Cundinamarca—Bogotá.

"En cumplimiento de lo ordenado por el Ministerio de Obras Públicas en nota número 1035, de diez y nueve de febrero próximo pasado, tengo el honor de remitir a ese alto Tribunal, en tres hojas útiles, copia de los datos que ha suministrado a esta Oficina el señor Rodrigo Sánchez, Administrador de las bodegas de Calamar, pertenecientes a la Compañía The Colombia Railways Navigation Company, relacionada con los materiales para la prolongación del ferrocarril del Norte, llegados a Cartagena en el vapor *Lake Strymon*, el día ocho de diciembre de mil novecientos veinte, y reexpedidos por esta bodega para La Dorada en los vapores de la referida Compañía, y a la consignación de los señores Pineda López y Compañía.

"Soy de usted muy atento, seguro servidor,

"Ricardo Ceballos"

Los datos a que hace referencia el precedente oficio, son los contenidos en la siguiente nota:

"Calamar, diciembre 23 de 1924

"Señor don Ricardo Ceballos, Inspector Fluvial—Presente.

"De conformidad con el contenido de su atenta nota, número 666, de fecha diez de los corrientes, me permito dar a usted la relación de los materiales para el ferrocarril del Norte, llegados a Cartagena el ocho de diciembre de mil novecientos veinte, por vapor *Lake Strymon*, y despachados por esta Agencia al respectivo destino en las fechas siguientes:

"1921.

"Recibido de las bodegas del Ferrocarril de Cartagena, así:

"Mayo 20: 2,867 rieles, con peso de.. 160,100 kilos.

"Mayo 31: 355 rieles, con peso de.. 110,160 —

"Junio 1°: 90 rieles, con peso de.. 28,260 —

"Junio 2: 89 rieles, con peso de.. 21,715 —

3,401

320,235 kilos.

“Los datos anteriores son los que me ha suministrado el señor Gabriel Vides S., bodeguero de importación, manifestándome que son los únicos que se han podido encontrar en los archivos de esta Oficina.

“De usted muy atento, seguro servidor y amigo,

(Fdo.), “Rodrigo Sánchez”

De las anteriores comunicaciones aparece que los tres mil cuatrocientos un rieles llegados a Cartagena el ocho de diciembre de mil novecientos veinte, por el vapor *Lake Strymon*, y destinados a la prolongación del ferrocarril del Norte, de que hacen parte los doscientos noventa y seis reclamados en la demanda, fueron retirados por The Colombia Railways Navigation Company de las bodegas del Ferrocarril de Cartagena en Calamar, en los días veinte y treinta y uno de mayo, primero y dos de junio de mil novecientos veintiuno. De suerte que el recibo de los rieles por parte de los porteadores, quedó consumado en la fecha últimamente mencionada.

Ahora bien: los señores Claudio M. Palacios, Cristóbal Forero y José Restrepo Rivera dicen en las declaraciones que rindieron en el término probatorio de esta segunda instancia, que desde hace más de treinta años el primero; más de diez y siete años el segundo, y más de doce el tercero, han venido entendiéndose con el transporte de mercaderías desde la Costa Atlántica hasta Bogotá, y con la navegación del río Magdalena, ya como comisionistas, ya como agentes de las compañías de transportes, y que por tal conocimiento les consta que un cargamento, una vez recibido por el comisionista o transportador en uno de los puertos de la Costa Atlántica, bien sea Barranquilla o Cartagena, es transportado normalmente, y salvo el caso de fuerza mayor o caso fortuito, en un término no mayor de cuarenta días, desde uno de dichos puertos hasta Bogotá, y que aun en el caso de fuerza mayor o caso fortuito, por demasiada congestión de carga o por sequía del río Magdalena, el transporte se efectúa en el término máximo de un año.

Síguese de aquí que los materiales de que se viene haciendo mención debieron ser transportados de Cartagena a Bogotá, por la Sociedad Pineda López & Compañía, en el término máximo de un año, a contar del dos de junio de mil novecientos veintiuno, en que quedó consumada la entrega de dichos materiales a los transportadores. Lo que equivale a decir que el dos de junio de mil novecientos veintidós empezó a correr el término de prescripción de la responsabilidad del porteador, por cuanto en esa fecha venció el plazo máximo de que, conforme al artículo 291 del Código de Comercio, disponían Pineda López & Compañía para verificar el transporte de las mercaderías. Y como ya se vio que el término de la prescripción es de un año, con arreglo al artículo 313 del Código citado, hay que concluir que ésta quedó consumada el dos de junio de mil novecientos veintidós, fecha en la cual no se había notificado aún la demanda a los demandados, puesto que tal diligencia se llevó a cabo en los días treinta de septiembre y ocho de octubre de mil novecientos veinticuatro, esto es, más de dos años después de cumplida la prescripción.

Estando probada la excepción que se ha venido estudiando, no es el caso de considerar la de fuerza mayor o caso fortuito, propuesta también en la contestación de la demanda.

En razón de lo dicho, la Corte Suprema, 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 cambio absuelve a la parte demandada de los cargos que en el juicio se le han deducido.

Cópiese y notifíquese este fallo, publíquese en el órgano de la Corte y devuélvase el proceso.

JULIO LUZARDO FORTOUL—Enrique A. Becerra.
Carlos Arturo Díaz—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, septiembre nueve de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

El presente juicio ejecutivo seguido por la Nación contra el señor Escipión Mosquera, ha venido a la Corte en apelación de la sentencia proferida por el Tribunal de Barranquilla, el doce de mayo último, que decide la excepción de pago en parte, propuesta por el ejecutado, en el sentido de declararla no probada.

Surtidas las formalidades propias del recurso, procede a decidirlo.

El título ejecutivo, base del juicio, está constituido por los avisos de liquidación de derechos de introducción de mercancías, números 07597, por la suma de \$ 705-43, correspondiente al manifiesto número 40, del vapor P. *Latouche*, de veinticuatro de diciembre de mil novecientos veintinueve; número 13230, por la suma de \$ 146-24, correspondiente al manifiesto número 7, del vapor *Laila*, de trece de marzo de mil novecientos treinta, y número 17097, por la suma de \$ 535-65, correspondiente al manifiesto número 61, del vapor *Metapán*, de seis de abril de mil novecientos treinta; documentos éstos que presentan todas las condiciones que para prestar mérito ejecutivo exige la ley.

En cuanto a la excepción propuesta, se considera:

Para comprobar el pago de \$ 681-89, como parte de la suma por que se libró la ejecución, el excepcionante presentó cuatro avisos de liquidación: dos completamente extraños al presente juicio, y que, por lo mismo, no deben tomarse en consideración, y dos correspondientes a los manifiestos de los vapores *Laila* y *Metapán*, de fechas trece de marzo y seis de abril de mil novecientos treinta, de los cuales aparece que fue ordenada la entrega de las mercancías a que se refieren, el primero y el veintitrés de abril, respectivamente, y que fueron pagados los respectivos derechos, o sea la cantidad de \$ 681-89 expresada arriba.

Se debe, pues, decidir, si esos documentos acreditan realmente el pago de ese dinero.

El Tribunal de Barranquilla estima que no, porque de la declaración del empleado que aparece suscribiéndolos y de la inspección ocular practicada por aquella entidad, resulta, sin lugar a duda, que tal suma no ha sido pagada a la Aduana, es decir, que su importe no ha entrado a los haberes de la Nación.

La Corte es del mismo parecer del Tribunal, desde luego que el señor Miguel Carrillo R., Cajero de la Aduana, cuyas firmas aparecen autorizando los documentos, manifestó categóricamente en su declaración rendida

ante el Tribunal, que esas firmas no son escritas por él, y que, por consiguiente, son aprócrifas, afirmación ésta que no ha sido contradicha en forma alguna por el excepcionante, y que está corroborada con la inspección ocular practicada, de la que aparece que los dos documentos originales y auténticos que sobre el particular expidió la Aduana, obran en un juicio criminal, que se adelanta contra varias personas por un delito contra la Hacienda Pública, que allí están sin cancelar, que el importe de ellos no ha sido pagado a la Aduana, y que consiguientemente tal importe no ha ingresado a las arcas nacionales.

Esta corroboración es, además, una explicación satisfactoria que da el Cajero acerca de la causa de no aparecer cancelados los avisos de liquidación ni anotada en los libros respectivos la entrada de la cantidad de dinero dicha.

Con arreglo al artículo 689 del Código Judicial, "si el Notario que aparece firmando una escritura declarare que él no la autorizó, no tendrá dicho instrumento fuerza ninguna como prueba, si además diere explicaciones satisfactorias sobre su existencia en el protocolo."

Si esto dispone la ley, tratándose de una escritura pública, lo mismo, y con mayor razón, debe entenderse dicho, tratándose de documentos que no tienen aquella categoría especial. Por analogía, pues, debe decidirse que los documentos de que se viene hablando, o sean los avisos de liquidación presentados por el excepcionante como prueba, no acreditan, hoy por hoy, el pago a que hacen referencia, por carecer de mérito probatorio.

Muy distinto sería el caso si el excepcionante hubiera demostrado, por medios distintos de los referidos avisos de liquidación, la entrega que hubiera hecho del dinero a la Administración, pero ello ni se ha intentado siquiera.

El argumento consistente en que si no se hubiese hecho el pago por el agente a la Aduana, no habría podido retirarse de allí la mercancía, no concluye, porque si en la confección de los documentos se ha cometido un delito—como parece—es natural y obvio que quien lo ejecutó tuviera en mira principal el retirar por medio de ellos la mercancía sin el pago del impuesto, pues de lo contrario la confección de los documentos carecería de objeto, lo que no sería razonable. Si el fin fue, a no dudarlo, el ya expresado, el hecho en que consiste el argumento pierde toda importancia. Por otra parte, la Corte ha observado que, a pesar del precepto del artículo 1º de la Ley 97 de 1923, según el cual los derechos de importación deben pagarse antes de la entrega de las mercancías, no son inusitados los casos en que las mercaderías llegadas a las aduanas son entregadas a los dueños o agentes, sin cumplirse ese requisito. De modo que el retiro de las mercancías no sirve de prueba del pago de los derechos, ni tampoco para acreditar la legitimidad de los documentos desestimados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, obrando de acuerdo con el señor Procurador General, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia recurrida, con costas a cargo del apelante. Tásense éstas.

Cópiese y notifíquese esta resolución, publíquese en el órgano de la Corte y oportunamente devuélvase el proceso.

LUIS F. ROSALES—Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, agosto cinco de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

En providencia de veintiuno de enero del corriente año, el Tribunal Superior de Bogotá negó la petición hecha por el señor José Gregorio Riaño, para que esta entidad librara orden de pago por la vía ejecutiva contra el Departamento de Cundinamarca, por la suma de mil ochocientos sesenta pesos (\$ 1,860) moneda corriente, proveniente dicha suma del valor de los arrendamientos de los locales donde funcionó la Oficina de Registro del Círculo de Bogotá.

Concedida la alzada interpuesta por el actor, subieron los autos a esta Sala de la Corte, donde, después de tramitada en la forma legal, se procede a decidir lo que corresponde.

Corrido el traslado al Procurador General de la Nación, este funcionario evacuó el negocio en los términos que en seguida se copian y que esta Superioridad acoge por hallarlos ajustados a derecho:

"Como recaudo ejecutivo presentó los números 4556 y 4576 de la Gaceta de Cundinamarca, correspondientes al 8 de mayo y al 25 de junio de 1930, en que aparecen publicados la Ordenanza número 27 y el Decreto número 418 de ese mismo año. En la primera se abre al presupuesto departamental un crédito de \$ 3,810 para pagar a Riaño el arrendamiento del local para Oficina de Registro en el periodo de 1º de enero de 1925 al 31 de diciembre de 1929, y en el segundo se liquida ese mismo crédito con imputación al artículo 35 (bis) del Capítulo XII del citado presupuesto.

"Presenta, además, un certificado de la Contaduría General del Departamento, en que consta que a Riaño se le adeudan los \$ 1,860, materia de la ejecución.

"El Tribunal se negó a dictar el mandamiento ejecutivo porque sostiene que en la enumeración que hace el artículo 46 de la Ley 40 de 1907, relativa a los actos y documentos que prestan mérito ejecutivo, no están comprendidos los que presenta el acreedor Riaño para fundar su pedimento.

"Esta Procuraduría opina que el Tribunal tiene razón porque la enumeración que hace la disposición citada es taxativa, y porque lo preceptuado por el artículo 47 de la misma Ley al disponer que debe decretarse ejecución cuando del documento exhibido resulte una obligación expresa, clara y exigible de pagar una cantidad líquida de dinero o de otra cosa de género o de entregar una especie o cuerpo cierto o de hacer, está subordinado a la enumeración que hace el artículo 46 ya citado.

"Como lo dice el Tribunal, no basta que una obligación reúna las condiciones dichas, sino que es indispensable también que ella conste en un título ejecutivo de los que enumera el artículo 46, tantas veces citado.

"El caso del señor Gonzalo Gómez con el Departamento de Cundinamarca, a que alude el ejecutante, es perfectamente distinto al actual. He leído la sentencia de la Corte que está publicada en el número 1560 de la Gaceta Judicial, correspondiente al 26 de noviembre de 1923, y me he convencido de que allí se trata de un documento privado, judicialmente reconocido, que fue el que sirvió de recaudo ejecutivo. Ese documento sí está enumerado en el ordinal 5º del artículo 46 de la Ley 40 de 1907."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la Re-

pública y por autoridad de la ley, **confirma** en todas sus partes el auto apelado. Por no aparecer temeraria la acción no es el caso de condenación en costas.

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

LUIS FELIPE ROSALES—Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, noviembre veintitrés de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

(El presente juicio ha venido a la Corte en apelación interpuesta por el demandante contra la sentencia de fecha veintisiete de junio último, pronunciada por el Tribunal de Cartagena, en la cual se absuelve al demandado de los cargos deducidos en la demanda.

Surtidos como están los trámites del recurso, debe preferirse la resolución que el caso requiere, y a ello se procede mediante las consideraciones que van en seguida:

La historia del juicio es como sigue:

El señor Gabriel Puche, vecino de Cartagena, estableció ante el Tribunal antes nombrado una demanda en que textualmente dice:

"Es por estas causas por las cuales yo, Gabriel Puche G., mayor de edad, de este vecindario, en mi propio nombre instauró por el presente escrito juicio posesorio por despojo contra la Nación, representada por el señor Fiscal del honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial, para que se me entregue el solar de mi exclusiva propiedad, situado en la calle del puente **Dionisio Jiménez**, que va del barrio del Pie de la Popa hacia el de Manga, de la jurisdicción de este Distrito Judicial, cuyos linderos y dimensiones son los siguientes, y para que se hagan cesar los actos de no dejarme construir en él y demás que me impiden y obstaculizan en el goce de mi propiedad."

Fundó el demandante su acción en estos hechos:

"Primero. El veintiséis de diciembre del año pasado, por escritura pública número 1782 de esa misma fecha, compré al señor Arturo Martínez Aycardi, un solar ubicado en la calle del puente **Dionisio Jiménez**, que va del pie de la Popa a Manga, barrios de esta ciudad, en jurisdicción de este Distrito Judicial, cuyos linderos y dimensiones son los siguientes:

"Segundo. El señor Arturo Martínez Aycardi, mi vendedor, compró al señor Elías Gómez Casseres A., el referido solar por medio de la escritura pública número 1080, de veintiocho de septiembre de mil novecientos veintiséis;

"Tercero. El señor Arturo Martínez A., en todo el tiempo que estuvo en posesión material de dicho solar, no fue perturbado de ninguna manera ni por ninguna persona natural, jurídica, judicial o administrativa, habiendo estado en posesión quieta y pacífica de él;

"Cuarto. El suscrito desde el día en que compró dicho solar, también ha estado en posesión quieta y pacífica en dicho solar, no habiendo sido perturbado ni despojado de él en ningún tiempo ni por ninguna persona, habiendo hecho en él actos de dominio como reparación de cercas, relleno de pequeñas partes bajas y construcciones de diverso orden;

"Quinto. El veintiocho de agosto de este año fui sorprendido grandemente con la notificación que me hizo el señor Inspector de Policía del barrio del Pie de la Popa, de esta ciudad, de la Resolución número 45, por la cual se ordenaba suspender la obra que estaba haciendo en el mencionado solar de mi exclusiva propiedad, de construcción de una casa, por órdenes que había recibido del señor Alcalde de este Distrito, quien a su vez las había recibido del señor Gobernador del Departamento, quien asimismo las había recibido del señor Ministro de Hacienda, por medio de la siguiente orden que me permito transcribir:

'Alcaldía de Cartagena—Secretaría General—Cartagena, agosto 26 de 1930.

'Señor Corregidor de Policía del Pie de la Popa—Presente.

'Para lo de su cargo y fines consiguientes, transcribo a usted el oficio número 2183 de fecha de ayer, de la Secretaría de Gobierno:

'Para que usted se sirva impedir las construcciones que se están llevando a cabo en las inmediaciones del puente **Dionisio Jiménez**, y se abstenga naturalmente de conceder permiso para otras nuevas, transcribo a usted el texto del telegrama que con fecha 18 de agosto dirige a este Despacho el señor Secretario del Ministerio de Hacienda, y que dice:

'Ministerio de Hacienda—Bogotá, agosto 18 de 1930.
'Gobernador—Cartagena.

'Según informe Administrador Hacienda Nacional esa, varias personas pretenden construir en lotes situados a uno y otro lado del puente **Dionisio Jiménez**, que une Isla de Man con barrio Popa. Como dichos terrenos son de propiedad nacional, hágoles saber debe usted negar permiso construcciones e impedir dichas personas las lleven a cabo, pues para construir en dichos terrenos deben llenarse requisitos establecidos Decreto número 1822 de 1929.

'José A. Andrade'

'De usted atento seguro servidor,

'Luis A. Galofre'

Espero que usted dé a tales órdenes inmediatas y estricto cumplimiento y que se sirva informar a esta Alcaldía si existe alguna construcción en ese lugar.

'De usted atento seguro servidor, por el Secretario General, el Oficial Mayor, J. F. Gómez Reynero.'

"Sexto. Con fecha de dos de septiembre de este año, recibí el oficio número 1172, del señor Alcalde de este Distrito, en el que me dice:

'Tal determinación del señor Inspector de Policía del Pie de la Popa, se debe a reclamación del Gobierno Na-

cional, quien sostiene que los lotes de terrenos que lindan y se extienden a los lados del puente **Dionisio Jiménez**, son de exclusiva propiedad...."

"Séptimo. He tenido, pues, que suspender los trabajos que tenía iniciados en el mencionado solar de mi exclusiva propiedad, y en consecuencia he tenido que abandonarlo en acatamiento a órdenes de autoridades superiores amenazantes e injustas, causándome con ello un despojo violento e ilegal, y digo así, porque es contrario a derecho que la misma Nación se constituya juez y parte, existiendo el Poder Judicial que es el único autorizado para dictar providencias de esa naturaleza, además de que dejo constancia, que la Nación no tiene nada que ver con el terreno que poseo ni con los colindantes, los cuales han pertenecido siempre a la Comunidad de Camino Arriba y Camino Abajo."

Acompañó el actor a su demanda los documentos que a continuación se relacionan:

a) Certificado del Registrador de instrumentos públicos y privados del Circuito, sobre la propiedad del solar a que alude la demanda;

b) Nota original expedida por la Alcaldía de Cartagena, número 1172, de 20 de septiembre de 1930, dirigida a él, por medio de la cual se le ordena que suspenda la construcción que estaba verificando en el solar ya mencionado, porque según oficio del Ministerio de Hacienda, ese lote es de propiedad de la Nación;

c) Copia de la Resolución número 45, dictada por el Inspector de Policía del Pie de la Popa, que ordena la suspensión de dicha obra;

d) Copia de un telegrama del Ministerio de Hacienda dirigido a la Secretaría General de la Gobernación de Bolívar, en que ordena la indicada suspensión; y

e) Varias declaraciones de testigos recibidas por el Juzgado 4° del Circuito de Cartagena, sobre la tenencia y posesión del solar expresado.

Presentada así la demanda, el Tribunal no la admitió por considerar que el conocimiento del juicio correspondía al Juzgado de Circuito; mas como el actor se alzara contra esa providencia, la Corte, en proveído de fecha diez y seis de febrero último, la revocó y en su lugar dispuso que el Tribunal de Cartagena aprehendiera el conocimiento del asunto por ser de su competencia privativa.

Asumido el conocimiento por el Tribunal, se dio traslado de la demanda por seis días al respectivo Fiscal como representante de la Nación, quien la contestó con viniendo en los hechos y pidiendo se dictara sentencia conforme a ella, no obstante lo cual el Tribunal profirió el fallo absolutorio de que atrás se hizo mención.

El señor Procurador es de concepto que se confirme ese fallo, y lo apoya en la misma razón que sirve de fundamento a la sentencia del Tribunal: que no existe en el expediente la prueba de que el actor haya sido privado de la posesión del solar de que se trata, sino simplemente de que por parte de la Nación se ha llevado posiblemente a cabo una perturbación o embarazo de la misma, lo cual es totalmente distinto del despojo de que se queja el demandante.

El señor Puche ha comprobado de manera satisfactoria en el juicio:

a) Que es poseedor del solar materia de la demanda, con el certificado del Registrador de instrumentos públicos y privados que obra al folio 1° del cuaderno prin-

cipal y con las declaraciones contestes de los señores Ernesto de la Espriella, Santiago Núñez, Manuel Rafael González Merlano, Rafael Calvo Martínez M., Epifanio Tatis G., Gerardo Núñez y Manuel Antonio Amaya, pruebas corroboradas con las copias legalizadas de actos oficiales que obran a folios 3 y siguientes; y

b) Que la autoridad le ha prohibido la ejecución de obras en la finca, con copia de la diligencia de inspección ocular practicada en tal finca, del telegrama del Ministerio de Hacienda, y de notas del Alcalde e Inspector de Policía de Cartagena, haciéndole esa prohibición (folios 2 y siguientes, cuaderno principal).

El actor involucra en la demanda peticiones que corresponden a dos juicios distintos que se siguen por trámites diferentes, pues a la vez que establece juicio posesorio por despojo y pide la entrega o restitución del solar, solicita por otra parte que se hagan cesar los actos de perturbación consistentes en impedirle una construcción que está ejecutando y en no permitirle el goce de su propiedad.

Lo primero constituye un juicio posesorio de restitución por despojo, y lo segundo un juicio de perturbación en la posesión.

No solamente son diferentes los procedimientos señalados por la ley para estas dos clases de juicios, sino que éstos se excluyen entre sí: si el actor está en posesión de la cosa, no se explica la petición de que se le entregue ésta, y si no está en posesión de ella, no se advierte cómo puede ser perturbado en la posesión.

Está demostrada, pues, la excepción perentoria de petición de un modo indebido y esta excepción puede y debe ser declarada de oficio, al tenor de lo estatuido en el artículo 51 de la Ley 105 de 1890.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, procediendo en conformidad en el fondo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de petición de un modo indebido, y, por este aspecto, confirma la sentencia absolutoria recurrida.

Sin costas (artículo 6°, Ley 39 de 1921).

Cópiese, notifíquese, publíquese en el órgano de la Corte, y oportunamente devuélvase el proceso.

LUIS F. ROSALES—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

INDICE DEL TOMO 37

En vista de las constantes y numerosas reclamaciones que llegan a la Relatoria, del número 1864 de la *Gaceta Judicial*, destinado a los índices y jurisprudencia del tomo 37 de esta publicación, el Relator se permite advertir que él será despachado tan pronto como la Imprenta Nacional tenga a bien editarlo.

MUERTE DEL LIBERTADOR

El Director de la Biblioteca Nacional encarece a todos los escritores colombianos el favor de remitir a la Academia de la Historia de Caracas, Venezuela, los libros, folletos o simples artículos de prensa publicados con ocasión del centenario de la muerte del Libertador.

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXIX

Bogotá, diciembre 19 de 1933.

Número 1883

Director, FERNANDO GARAVITO A.,

Relator de la Corte.

SALA DE CASACION CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre diez y seis de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

El señor Antonio J. Ramírez demandó al señor Fabio Benavides para que, surtido un juicio ordinario, se hiciesen por medio de sentencia las siguientes declaraciones:

“Primera. El demandado Fabio Benavides violó el contrato de arrendamiento celebrado con el demandante Antonio J. Ramírez, y que se hizo constar en la escritura pública número quinientos ochenta y dos (582), de fecha veinte de marzo de mil novecientos veintitrés, pasada ante el Notario 2° de este Circuito.

“Segunda. El demandado Fabio Benavides está obligado a cumplir el contrato de arrendamiento que celebró con el demandante Antonio J. Ramírez, y de que trata la escritura pública número quinientos ochenta y dos, de fecha veinte de marzo de mil novecientos veintitrés, pasada ante el Notario 2° de este Circuito.

“Tercera. El demandado Fabio Benavides debe entregar al demandante Antonio J. Ramírez, seis días después de notificada la sentencia, la finca de **Baltimore**, por los linderos expresados en el hecho número 2° de esta demanda y en la escritura en que consta el contrato de arrendamiento, en calidad de arrendamiento y en los mismos términos y condiciones estipulados en el contrato de arrendamiento celebrado con el demandante.

“Cuarta. El demandado Fabio Benavides está obligado a sostener al demandante Antonio J. Ramírez en posesión de la finca materia del contrato de arrendamiento por el término de ocho años, contados desde el día en que entregue la finca al demandante arrendatario, dentro de las condiciones establecidas en el contrato de arrendamiento que con él celebró.

“Quinta. El demandado Fabio Benavides está obligado a pagar al demandante Antonio J. Ramírez los perjuicios que le ha ocasionado con el incumplimiento del contrato de arrendamiento que con él había celebrado.”

El demandante expuso estos hechos:

“Primero. El día veinte de marzo de mil novecientos veintitrés celebré con el señor Fabio Benavides el contrato de arrendamiento que aparece en la escritura pública

número quinientos ochenta y dos (582), pasada por ante el Notario 2° de este Circuito.

“Segundo. En virtud de este contrato de arrendamiento, tomé posesión de la finca raíz denominada **Baltimore**, ubicada en jurisdicción del Circulo de La Mesa, Departamento de Cundinamarca, y comprendida dentro de los siguientes linderos:

‘Desde el punto en donde desemboca la quebrada **Chambatá** en el río Apulo, quebrada arriba, hasta encontrar un zanjón hondo, que viene de **La Cabuyera**; de la terminación de este zanjón, en la quebrada **Chambatá**, línea recta, a la cuchilla, pasando por una ceiba, donde se pondrá un mojón marcado con el número 1°; de esta cuchilla, volviendo hacia la izquierda, por todo el desfiladero, es decir, que la parte de tierra útil que se halla sobre el cerro pertenece a la finca que se viene deslindando, hasta encontrar la zanja que corta la cuchilla de **La Cabuyera**; esta cuchilla arriba, desde la zanja hasta el alto del **Cucharal**; de aquí, toda la cuchilla arriba, hasta encontrar un peñón escarpado que se halla en todo el alto de la Peña; por toda la cuchilla, abajo, hasta lindar con tierras de **La Joya**; bajando por dicho lindero de **La Joya**, hasta la junta de la quebrada del **Auyamal** con el río Curi, lindando en esta parte con la hacienda de **La Joya**; río Curi, abajo, hasta su desembocadura en el río Apulo; éste, abajo, hasta donde desemboca en la quebrada de **Chambatá**, primer lindero.’

“Tercero. Ya en posesión de la finca arrendada, y durante el año que la ocupé como arrendatario, hice en ella mejoras de consideración, de las cuales se aprovechó el arrendador, sin derecho para ello.

“Cuarto. Cumplí estrictamente con las obligaciones que del contrato de arrendamiento resultaban a mi cargo.

“Quinto. En el contrato de arrendamiento (cláusula sexta), se estipuló que el arrendador podía dar por resuelto el contrato en el caso de que yo dejara de pagar el arrendamiento de la finca en los términos estipulados.

“Sexto. Sin que tal condición resolutoria se hubiese cumplido, el señor Fabio Benavides, rechazando el recibo del canon de arrendamiento correspondiente al semestre que comenzaba en el mes de marzo de mil novecientos veinticuatro, dio por terminado el contrato.

“Séptimo. En el mes de marzo de mil novecientos veinticuatro, estando yo ausente de este Departamento, comisioné al señor Manuel Benavides para que, a mi nombre, hiciera el pago del canon del arrendamiento al señor Fabio Benavides, arrendador.

“Octavo. Obrando en mi nombre, el señor Manuel Benavides ofreció al señor Fabio Benavides el valor del citado canon de arrendamiento, en conferencias sucesivas que tuvo con él hasta el día trece de marzo de mil novecientos veinticuatro.

"Noveno. El señor Fabio Benavides se negó a recibir el canon de arrendamiento que a mi nombre le ofreció el señor Manuel Benavides, manifestando que el contrato había terminado por no haber pagado yo el precio, manifestación que hacía con fecha doce de marzo de mil novecientos veinticuatro.

"Décimo. El señor Fabio Benavides, con su negativa a recibir el canon de arrendamiento estipulado, impidió el pago oportuno que de él le iba a hacer el suscrito.

"Once. Basado en su ánimo de romper el contrato de arrendamiento, sin que éste hubiera terminado, el señor Fabio Benavides promovió contra mí diligencia de desahucio y lanzamiento ante el Juzgado Municipal de La Mesa, con fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos veinticuatro.

"Doce. A mérito de esas diligencias, y sin que en ellas se atendiese la razón que me asistía, se me privó de la posesión de la finca arrendada.

"Trece. Al privarme en forma arbitraria de la posesión de la finca arrendada, estando dentro del término del contrato, el señor Fabio Benavides violó ese mismo contrato, el cual consta en la escritura pública número quinientos ochenta y dos, ya citada."

Citó algunos artículos del Código Civil en apoyo de la demanda (1494, 1546, 1602, 1603, 1793, 1982, 1987 y 1988).

Admitió la demanda el Juez 4° en lo Civil del Circuito de Bogotá y la corrió en traslado al demandado.

Este, por conducto de apoderado, rechazó la acción, dio explicaciones acerca de los hechos y propuso la excepción de inexistencia de la obligación, y "cualquiera otra que quede demostrada durante el plenario."

Al propio tiempo, Benavides propuso demanda de reconvencción para obtener estas declaraciones:

"Primera. Que el señor Antonio J. Ramírez dejó de cumplir el contrato de arrendamiento de que da cuenta la escritura número quinientos veintiocho (528), de veinte de marzo de mil novecientos veintitrés, de la Notaría 2ª de Bogotá, porque no cumplió varias de las obligaciones allí estipuladas.

"Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 2003 del Código Civil, se condene a Antonio J. Ramírez a pagar a mi poderdante, señor doctor Fabio Benavides, dentro de los seis días siguientes al en que quede notificada la sentencia que debe poner fin a este juicio, la suma de setenta mil trescientos cinco pesos cincuenta y dos centavos (\$ 70,305-52), valor de los arrendamientos de la finca **Baltimore**, desde el día ocho de mayo de mil novecientos veinticuatro, fecha del lanzamiento, al último de febrero de mil novecientos treinta y dos, fecha de la expiración del plazo estipulado, condenación que representa los perjuicios causados a mi poderdante por la falta de cumplimiento del contrato.

"Tercera. Que se condene al mismo señor Antonio J. Ramírez a pagar al doctor Fabio Benavides, seis días después de notificada la sentencia que ponga fin a este juicio, la suma de mil seiscientos noventa y cuatro pesos cuarenta y ocho centavos (\$ 1,694-48), valor del arrendamiento de la finca de **Baltimore** en el tiempo comprendido entre el primero de marzo de mil novecientos veinticuatro y el ocho de mayo del mismo año, época en que usufructuó la expresada finca, sin pagar arrendamiento alguno.

"Cuarta. Que se condene al mismo Antonio J. Ramírez a pagar al doctor Fabio Benavides, seis días después de notificada la sentencia que ponga fin a este juicio,

los demás perjuicios que le ha causado con el incumplimiento del contrato, de que da cuenta la escritura número ochocientos cincuenta y dos, de veinte de marzo de mil novecientos veintitrés, citada arriba, suma que estimarán peritos nombrados al efecto, más el valor de los objetos dañados o no entregados por Ramírez.

"Quinta. Que se condene a Antonio J. Ramírez a pagar a Fabio Benavides las costas de este juicio."

Son hechos de la contrademanda:

"Primero. El doctor Fabio Benavides dio en arrendamiento al señor Antonio J. Ramírez la hacienda de **Baltimore**, de la jurisdicción del Municipio de La Mesa, de este Departamento, deslindada así:

"Desde el punto en donde desemboca la quebrada **Chambatá** en el río Apulo, quebrada arriba, hasta encontrar un zanjón hondo; de aquí, línea recta, a la cuchilla, pasando por una ceiba, donde se pondrá un mojón marcado con el número uno; de esta cuchilla, volviendo hacia la izquierda, por todo el desfiladero, es decir, que la parte de tierra útil que se halla sobre el cerro pertenece a la finca que se viene deslindando, hasta encontrar la zanja que corta la cuchilla de **La Cabuyera**; de esta cuchilla, arriba, hasta encontrar un peñón escarpado que se halla en todo lo alto de la Peña; por esta cuchilla, abajo, hasta lindar con tierras de **La Joya**; bajando por dichos linderos de **La Joya**, hasta las juntas de la quebrada **Auyamal** con el río Curi, abajo, hasta la desembocadura del Apulo; éste, abajo, hasta donde desemboca en él la quebrada **Chambatá**, primer lindero."

"Segundo. El plazo del arrendamiento fue de nueve años, contados desde el día primero de marzo de mil novecientos veintitrés en adelante.

"Tercero. El precio estipulado fue de nueve mil pesos anuales, que debía pagarse en dos contados, así: el día en que se firmó la escritura que reza el contrato, cinco mil pesos (\$ 5,000); el día primero de septiembre de mil novecientos veintitrés, cuatro mil pesos (\$ 4,000), y en los demás años debía pagarse el primero de marzo, cinco mil pesos (\$ 5,000), y el primero de septiembre, cuatro mil pesos (\$ 4,000). (Cláusula tercera del contrato).

"Cuarto. El arrendatario señor Ramírez pagó el arrendamiento correspondiente al primer año, o sea el comprendido entre el primero de marzo de mil novecientos veintitrés y el veintiocho de febrero de mil novecientos veinticuatro.

"Quinto. El arrendatario señor Ramírez dejó pasar el día primero de marzo de mil novecientos veinticuatro sin pagar al doctor Benavides el contado de cinco mil pesos, que, conforme a la cláusula tercera del contrato, debía pagar en esa fecha.

"Sexto. En la cláusula sexta del contrato se estipuló que Benavides podía ocupar de hecho la finca arrendada, sin necesidad de ocurrir al Poder Judicial, si pasados quince días después de las fechas en que debía hacerse el pago de algunos de los contados del arrendamiento, el arrendatario no lo verificaba.

"Séptimo. El arrendatario señor Ramírez se comprometió a mantener en perfecto estado la hacienda, en reponer la caña que moliera, a fin de que las plantaciones no se agotaran sin hacer las deshieras necesarias, para que las plantaciones se mantuvieran en buen estado; obligaciones que no cumplió, como lo comprobaré con las copias del juicio de desahucio y lanzamiento que mi poderdante tuvo que seguir ante el Juez Municipal de La Mesa.

"Octavo. Todos los muebles y enseres de la hacienda le fueron entregados al arrendatario señor Ramírez por inventario, y al verificarse el lanzamiento, se anotó la falta y destrucción de muchas cosas, las que debe pagar el arrendatario.

"Noveno. El arrendatario señor Ramírez dejó de pagar el arrendamiento, y aún lo debe, desde el día último de febrero de mil novecientos veinticuatro, fecha en que venció el primer año del contrato, hasta el día ocho de mayo del mismo año, fecha en que terminó la diligencia de lanzamiento.

"Décimo. El señor Ramírez, directa ni indirectamente, presentó a mi mandante el dinero valor del canon que debía pagar el primero de marzo de mil novecientos veinticuatro, ni ocurrió al Poder Judicial a hacer el pago por consignación.

"Once. El arrendatario ocupó la finca desde el primero de marzo de mil novecientos veintitrés, fecha en que principió a regir el contrato, hasta los días seis, siete y ocho de mayo del mismo año (sic), en que se verificó el lanzamiento.

"Doce. El arrendatario señor Ramírez, durante el tiempo que ocupó la finca, sólo pagó por razón del arrendamiento la suma de nueve mil pesos, o sea el canon correspondiente a un año.

"Trece. El arrendatario señor Ramírez dejó de cumplir varias de las obligaciones pactadas en el contrato.

"Catorce. El arrendatario señor Ramírez causó a mi mandante perjuicios graves por su incumplimiento, como son los enumerados más adelante.

"Quince. Cuando mi mandante verificó el contrato de arrendamiento de la finca de **Baltimore** con el señor Antonio J. Ramírez, el precio de la miel era el de nueve pesos la carga; después de resuelto el contrato, debido al incumplimiento de Ramírez, la miel bajó hasta tres pesos la carga, y hoy se conserva al mismo precio.

"Diez y seis. El principal cultivo de la finca de **Baltimore** es el cultivo de caña de dulce, que se convierte en miel.

"Diez y siete. Debido a la baja del precio de la miel, mi mandante no alcanza a hacer producir a la finca los nueve mil pesos anuales estipulados como precio del arrendamiento; y

"Diez y ocho. En virtud de la terminación del contrato ha sufrido graves perjuicios, porque desde el momento que celebró el contrato, se desvinculó de los negocios de campo, y estableció otra clase de operaciones; al terminarse aquél, sus nuevos negocios hubo de abandonarlos."

El apoderado de Ramírez no aceptó la reconvencción.

El señor Juez 4° dictó sentencia el primero de junio de mil novecientos veintiocho. En ella absolvió a Benavides de los cargos de la demanda principal, y respecto de la de reconvencción, condenó a Ramírez a indemnizar a Benavides los perjuicios que le ocasionó por no haber cumplido el contrato de arrendamiento, los cuales se fijarían en juicio separado. En ambas demandas le impuso a Ramírez la obligación de pagar las costas procesales. Apelaron las dos partes, y el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de diez de agosto de mil novecientos veintinueve, revocó la del Juez y falló así:

"Por lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada, y en su lugar resuelve:

"I. Declarar no probadas las excepciones propuestas por el demandado en el juicio principal.

"II. Ordenar, como en efecto se ordena, a Fabio Benavides, cumplir el contrato de arrendamiento consignado en la escritura pública número quinientos ochenta y dos, de fecha veinte de marzo de mil novecientos veintitrés, pasada ante el Notario 2° de este Circuito, por el tiempo que falta para la expiración del plazo señalado para su duración.

"En consecuencia, el doctor Fabio Benavides debe restituir al demandante Antonio J. Ramírez, dentro del término de diez días, contados desde la notificación del auto de obediencia y cumplimiento de este fallo en el Juzgado del conocimiento, la tenencia y goce de la finca materia del arrendamiento, por los linderos señalados en la escritura citada anteriormente, y junto con sus muebles, accesorios, etc., etc., a que se refiere la misma escritura.

"III. Condenar, como en efecto se condena, a Fabio Benavides a indemnizar a Antonio J. Ramírez los perjuicios que le ha ocasionado con la violación e incumplimiento del expresado contrato de arrendamiento.

"El monto de estos perjuicios se fijará en juicio separado, teniendo en cuenta, entre otros elementos, el tiempo durante el cual ha estado Ramírez privado de la tenencia y goce de la finca de **Baltimore**.

"IV. Condenar, como en efecto se condena, a Antonio J. Ramírez a pagar a Fabio Benavides, dentro del término de quince días, contados desde la notificación del auto de obediencia y cumplimiento de este fallo, en el Juzgado del conocimiento, la cantidad de mil seiscientos noventa y cuatro pesos con cuarenta y ocho centavos (\$ 1,694.48), 'valor del arrendamiento de la finca de **Baltimore**' en el tiempo comprendido entre el primero de marzo de mil novecientos veinticuatro y el ocho de mayo del mismo año.'

"V. Absolver, como en efecto se absuelve, a Antonio J. Ramírez de los demás cargos formulados contra él en la demanda de reconvencción.

"VI. No hacer condenación en costas en primera instancia, ni en la demanda principal ni en la de reconvencción.

"VII. No condenar en costas en la segunda instancia."

El apoderado del doctor Benavides interpuso recurso de casación, que admite la Corte, por hallarlo ajustado a las condiciones legales en orden a la cuantía y naturaleza del juicio.

Ante la Corte fue presentada una extensa demanda, en la cual se alega la primera causal, "por ser la sentencia violatoria de leyes sustantivas, ya por violaciones directas de ciertos preceptos sustantivos erradamente interpretados, y por indebida aplicación de otros al caso del pleito, ya por mala apreciación de determinadas pruebas con motivo de errores de hecho y de derecho."

El capítulo primero versa sobre "error evidente de hecho, error de derecho y violación de los artículos 1546, 1602, 1608, 2002, 1618, 1620 y 1622, Código Civil Nacional."

Dice el recurrente que el Tribunal destinó una parte del fallo al examen e interpretación de las cláusulas 3ª y 6ª del contrato y dedujo que ésta modificó la estipulación sobre término para el pago contenida en aquélla, "en el sentido de que los plazos para el cumplimiento de la obligación principal del arrendatario no son el primero de marzo y el primero de septiembre de cada año, sino los quince primeros días siguientes a esas fechas,

en cuanto a la condición resolutoria, y que, de consiguiente, si el arrendatario pagaba dentro de ese término, cumplía estrictamente su obligación, y no podía reputarse constituido en mora, de lo que concluye que la cláusula 3ª daba derecho para pedir el cumplimiento, pero no la resolución del contrato, y que la 6ª confería derecho únicamente para pedir la resolución o dar por terminado o resuelto el contrato."

Transcribe el recurrente las cláusulas referidas y comentando la 6ª, expone que, tanto por el fondo como por la forma, la condición y demás estipulaciones consignadas en ella miran al beneficio exclusivo de Benavides: allí se le concedió a éste una facultad potestativa, de dar por terminado o no el contrato en caso de que Ramírez dejara de pagar dentro de los quince días siguientes a las fechas en que se obligó a hacerlo, primero de marzo y primero de septiembre; pero no se le otorgó a Ramírez otro plazo del impuesto perentoriamente por la cláusula 3ª, ni se le prorrogó, ni en forma alguna se modificó la cláusula 3ª. Se previó únicamente la demora en el pago, y a fin de que Ramírez se pudiera prevenir contra los efectos de esa facultad especial, se convino en que Benavides no podría usarla sino pasados los quince días siguientes a las fechas en que debía hacerse el pago.

El Tribunal—continúa el autor del recurso—incurrió en evidente error de hecho al apreciar el contrato. Para que la cláusula 3ª, en cuanto a las fechas fijadas para el pago y en cuanto a la condición resolutoria, pudiera considerarse modificada por la 6ª, sería necesario que en ésta se hubiera pactado de modo expreso la modificación, o se hubiera dicho que Ramírez debía pagar los contados dentro de los quince días siguientes a las indicadas fechas, y que en caso de no hacerlo quedaba resuelto o terminado el contrato; que es lo que en puridad sostiene el sentenciador, al estimar que la cláusula 6ª privó a la 3ª de la condición resolutoria; mas, como se ha visto, nada de esto aparece en el contrato.

"De modo que en presencia de ambas cláusulas, Ramírez siguió obligado a pagar el primer día de los meses de marzo y septiembre, y el quebrantamiento de esta estipulación confirió a Benavides, desde el dos de esos meses, el derecho alternativo que reconoce el artículo 1546 del Código Civil, porque, como se ha visto, no se estipuló que la infracción de la cláusula 3ª dejara de producir algunos de sus efectos legales."

Y si, como parece evidente, desde el dos de marzo de mil novecientos veinticuatro Benavides tenía derecho de pedir que se declarara la resolución del contrato, hay que concluir que desde el mismo día, en principio al menos, había quedado resuelto, porque cuando hay derecho a pedir que judicialmente se declare una cosa, es porque ella existe o se ha realizado.

Siendo un hecho evidente—agrega el impugnador—que Ramírez violó el contrato al dejar de pagar el primero de marzo de mil novecientos veinticuatro, el sentenciador incurrió en un error de derecho al sostener que la cláusula 3ª no facultaba a Benavides para pedir la resolución del convenio, error que lo indujo a violar el artículo 1546 del Código Civil en el sentido indicado, y a dictar un fallo condenatorio ilegal.

También incidió en error de esta índole al atribuirle a un contrato legalmente celebrado, objeto, sentido y efectos distintos de los que les asignaron las partes, y de aquí la violación del artículo 1602 del Código Civil.

Apareciendo evidentemente en el contrato que Benavides cumplió estrictamente sus obligaciones de arren-

dador, el Tribunal cayó en otro error de derecho, al estimar que Ramírez no quedó constituido en mora al dejar de pagar el primero de marzo, y en tal concepto violó los artículos 1608 y 2002 del propio Código. El Tribunal, a pesar de que reconoce que la intención de las partes es perfectamente clara, torció el sentido de las cláusulas estudiadas, anulando prácticamente los efectos de la 3ª y limitando los de la 6ª, con lo cual infringió los artículos 1618 y 1620 *ibidem*. La aplicación que Benavides dio al contrato cuando promovió el desahucio, en lo sustancial y en sus efectos prácticos, fue la de darlo por terminado, por no haber pagado Ramírez dentro de los quince días siguientes al primero de marzo; de donde se desprende que el Tribunal violó nuevamente el artículo 1618, pues se atuvo más a las palabras que a la intención.

La Corte considera:

El Tribunal comenzó por fijar el alcance de las cláusulas 3ª y 6ª del contrato para saber las fechas o plazos dentro de los cuales debía pagar el arrendatario el precio del arrendamiento, en lo que respecta a la condición resolutoria expresa.

Dice la cláusula 3ª:

"El precio del arrendamiento es la cantidad de nueve mil pesos (\$ 9,000) moneda legal o corriente, por año, cantidad que se pagará de la manera siguiente: cinco mil pesos (\$ 5,000), moneda legal o corriente, al firmarse la escritura de arrendamiento, y cuatro mil pesos (\$ 4,000) moneda legal o corriente, el primero de septiembre del corriente año. En cada uno de los años posteriores, el pago se hará de la misma manera, o sean dos contados, el primero (1º) de marzo, cinco mil pesos (\$ 5,000) moneda legal, y cuatro mil pesos (\$ 4,000) moneda legal, el primero de septiembre, hasta el último año del plazo."

Y la cláusula 6ª:

"Es condición de este contrato, que Benavides puede darlo por resuelto o terminado y ocupar de hecho la hacienda y disponer de ella sin remuneración ni responsabilidad de ninguna clase por el perjuicio que esto ocasionare a Ramírez, quien renuncia desde ahora expresamente a los términos del desahucio con que lo ampara la ley, en el caso de que deje de pagar el precio del arrendamiento, en algún contado, en los quince primeros días que siguen a las fechas fijadas en la cláusula 3ª de este contrato, pago que se hará a la orden de Benavides en la ciudad de Bogotá, sin que por esto se prive Benavides del derecho de poder ejercitar las acciones relativas a la indemnización de perjuicios por la violación del contrato además de las acciones consiguientes por los daños causados y relativos a lo que se dispone en la cláusula 4ª."

En la tarea de interpretar estas cláusulas, expone el Tribunal que la ley señala dos consecuencias alternativas al incumplimiento de un contrato, según el artículo 1546 del Código Civil: la acción para pedir el cumplimiento o la acción resolutoria, en ambos casos con indemnización de perjuicios, a no ser que las partes, en uso de la libertad de estipular, asignen al incumplimiento otras sanciones. En el caso de que aquí se trata, el no verificarse el pago en las fechas indicadas en la cláusula 3ª, colocaba al arrendador en capacidad de exigir el cumplimiento del contrato, con perjuicios; pero no lo habilitaba ese solo hecho para optar por la resolución, porque esta sanción fue pactada o modificada por los contratantes, en el sentido de que no podía el arrendador dar por terminado el contrato sino desde que pasa-

ran quince días de las fechas señaladas en la cláusula 3ª sin recibir el pago. Así lo ha entendido el mismo doctor Benavides, puesto que él explica su actitud diciendo que optó por la resolución, no porque dejara de pagarle el arrendatario el primero de marzo, sino porque no lo hizo dentro de los primeros quince días de dicho mes.

Añade el sentenciador que en el contrato se fijaron dos términos para el pago, con consecuencias distintas: el de la cláusula 3ª, que se endereza a la simple ejecución del contrato, conforme a la cual y a los principios sobre la materia, el no pago en las fechas señaladas—1º de marzo y 1º de septiembre—daba acción al arrendador para pedir el cumplimiento y perjuicios, y el de la cláusula 6ª, que establece especialmente un plazo para el pago, bajo la sanción de la terminación del arrendamiento, en caso de que no se hiciera dentro de los quince días siguientes a las fechas de la cláusula 3ª; y a esas estipulaciones hay que estar, porque son la ley de las partes (artículo 1602 del Código Civil). De modo que el arrendador no podía dar por resuelto el contrato sino en cuanto se hubiera cumplido la condición expresa de la cláusula 6ª.

"Si las expresadas cláusulas han de interpretarse con ese criterio, es de rigor concluir que la 6ª modifica la estipulación sobre término para el pago contenido en la 3ª, en cuanto a la condición resolutoria; y por virtud de esa modificación, se repite, los plazos para el cumplimiento de esa obligación principal del arrendatario, no son el primero de marzo y primero de septiembre de cada año de duración del contrato, sino los quince primeros días siguientes a estas fechas, en cuanto a la condición resolutoria. De consiguiente, el arrendatario, obrando de acuerdo con el contrato, podía pagar dentro de ese término, y haciéndolo así, cumplía estrictamente su obligación y no caía bajo la sanción de la cláusula 6ª, cláusula que está redactada en términos que no se prestan a dificultad y que no admiten diferente interpretación, porque entonces no tendría finalidad y quedaría sin efecto."

No sólo es ésta la interpretación que cuadra al espíritu y al texto del contrato, sino que es la misma, en sentir del Tribunal, que le ha dado el propio doctor Benavides, y, por lo tanto, la más autorizada y auténtica. Con el fin de apoyar esta aseveración, transcribe el sentenciador un paso del memorial de desahucio, suscrito por el doctor para lograr la restitución de la finca, y una contestación del mismo a unas posiciones que ante el Juez Municipal de La Mesa le pidió Ramírez.

"La conclusión que se deduce de lo anteriormente expuesto es la de que en el contrato se señalaron dos términos para el pago, con consecuencias distintas, como se dijo al principio, y que de ese modo la condición resolutoria no podía entenderse cumplida por el hecho de no pagar el arrendatario en las fechas indicadas en la cláusula 3ª, sino por no pagar dentro de los quince días siguientes a esas fechas."

Para la Corte no es cierta, por lo absoluta, la aseveración del recurrente acerca de que para que la cláusula 3ª se entendiera reformada por la 6ª, sería necesario que en esta última apareciera expresamente pactada la modificación o estipulado que Ramírez debía pagar los contados dentro de los quince días siguientes a las fechas indicadas y que en caso de no hacerlo quedaba resuelto el contrato. Esta habría sido una modificación expresa; pero también las hay tácitas, comoquiera que las cláusulas de un contrato han de interpretarse unas

por otras, con arreglo al artículo 1622 del Código Civil, lo que significa que del enlace de ellas ha de deducirse lo que las partes pactaron.

El Tribunal no ha dicho que la reforma introducida por la cláusula 6ª sea expresa, sino que la saca de varias consideraciones y la apoya en la inteligencia dada a las dos cláusulas por el doctor Benavides.

La Corte no halla que la interpretación del Tribunal sea evidentemente errónea de hecho. El error evidente de hecho existe cuando lo contrario de lo que afirma el sentenciador es claro y manifiesto, de suerte que nadie pueda racionalmente dudar de ello, y aquí no se nota esa evidencia en lo que sostiene el recurrente, o sea que lo convenido por las partes fue que si Ramírez no pagaba el primero de marzo y el primero de septiembre, podía Benavides optar por el cumplimiento o por la resolución, y que si el pago no se hacía en los quince días siguientes, ya la resolución podía darla por consumada Benavides, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial.

El sentenciador manifestó que los principios legales podían ser alterados por los contratantes y de aquí dedujo que lo relativo a la condición resolutoria quedó modificado en el contrato en el modo expuesto por él. Será más o menos probable esta interpretación del Tribunal; pero no es dable tildarla de evidentemente errónea en cuanto al hecho. De aquí que la Corte tenga que respetarla y con tanto mayor razón cuanto el sentenciador se apoyó también, como se ha apuntado, en manifestaciones de Benavides sobre el sentido de las cláusulas compaginadas entre sí.

En el memorial de desahucio, para arrojar al demandante de la finca, dijo Benavides:

"En dicho contrato se estipuló que él quedaría resuelto o terminado en el caso de que el arrendatario dejara de pagar el precio del arrendamiento en algún contado de los que componen el plazo del contrato, pago que debía hacerse en los quince primeros días que siguen a las fechas fijadas en la cláusula 3ª. El día primero de marzo del corriente año (mil novecientos veinticuatro), empezaba a contarse uno de los semestres y contados, cuyo canon de arrendamiento debía pagarse dentro de los quince días siguientes a esta fecha, según el contrato."

Y al absolver las posiciones que le exigió Ramírez ante el Juez Municipal de La Mesa, respondió el demandado:

"El señor Antonio J. Ramírez ha violado una de las cláusulas del contrato, la que trata de la terminación del arrendamiento por falta de pago; pues como lo he dicho, en los quince primeros días del mes de marzo del corriente año, plazo dentro del cual debía pagar uno de los semestres, no me ha hecho oferta de pago ni entrega de dinero, ni lo ha hecho todavía hasta la fecha y hora en que estamos, que yo sepa, ni ningún comisionado suyo me ha hecho oferta de pago ni pago."

El sentenciador aduce estas manifestaciones de Benavides como aplicación práctica de las cláusulas por el mismo (inciso 3º del mencionado artículo 1622); y es de advertir que el recurrente no ha impugnado por error evidente de hecho la apreciación hecha por el Tribunal de semejantes manifestaciones.

De todo esto se deduce que no se halla acreditado el error evidente de hecho que se le atribuye al sentenciador; y como los errores de derecho y las violaciones de la ley que igualmente se le atribuyen, serían consecuencia de aquel error, tampoco quedan establecidos. No prosperan, por tanto, los cargos de este capítulo.

El capítulo segundo de la demanda trata de "errores de derecho y violación de los artículos 555, 556 y 568 del Código Judicial."

Expone el recurrente que la equivocada apreciación del contrato conduce al Tribunal a la increíble conclusión de que Ramírez cumplió estrictamente las obligaciones de su cargo, sosteniendo para ello dos conceptos erróneos: uno de hecho, consistente en estimar que el doce de marzo de mil novecientos veinticuatro Ramírez hizo oferta formal de pago a Benavides por medio de comisionado, y otro de derecho, consistente en la exótica, peligrosa y equivocada doctrina de que para evitar la resolución o terminación del contrato, cuando ésta se estipula como consecuencia de la falta de pago, no es necesario que él se realice efectivamente, sino que basta la oferta privada o que el deudor se allane a cumplir.

Si esta doctrina llegara a aplicarse, desquiciaría casi todos los principios del Código Civil. Ella tiene por causa una mala interpretación del artículo 1609 de dicho Código, disposición que no es aplicable al caso del pleito y que el sentenciador quebrantó en ese concepto. El **allanarse a cumplir**, a que dicho precepto se refiere, tiene cabida en los contratos bilaterales en los casos en que las partes hayan dejado de cumplir lo estipulado, ya sea que las obligaciones hayan debido satisfacerse simultáneamente, o que la obligación de uno de los contratantes esté subordinada o requiera el cumplimiento del otro para poderse cumplir, o que una de las partes haya de cumplir primero que la otra; y tiene por objeto el que uno de los contratantes pueda constituir en mora al otro, requiriéndolo judicialmente para que cumpla su obligación, y allanándose, por su parte, a cumplir lo pactado. En todos estos casos y otros análogos, el sentido natural indica si ambos o cuál de los contratantes puede hacerlo. El allanamiento a cumplir lo pactado, seguido del requerimiento, tiene por objeto constituir en mora, mientras que la oferta del pago mira al cumplimiento, a la extinción de la deuda. El objeto inmediato del que se allana y requiere a la contraparte, no es cumplir, sino hacer cumplir, al paso que el objeto perseguido por el que ofrece pagar válidamente, es el de cumplir la obligación. El que se allana no cumple, ni procura inmediatamente cumplir, y en cambio, el que válidamente ofrece pagar y consigna lo que debe, no se allana a cumplir, sino que cumple y se libera de la obligación, extinguiéndola.

Agrega el recurrente que de lo dicho se deduce rectamente que en el presente caso no podía tener cabida el allanamiento a que se refiere el artículo 1609, porque Benavides no estaba en mora de cumplir ninguna de sus obligaciones de arrendador, una vez que de modo evidente aparece en el contrato que las cumplió. La oferta de pago válida requiere siempre el rechazo o la no comparecencia del acreedor a recibir, el allanamiento nó. El deudor a quien se le ha rechazado el pago, sigue obligado a pagar, porque no ha satisfecho su obligación; pero ese rechazo no le impide, no lo pone en imposibilidad de pagar; porque la ley le ofrece entonces el camino, de la consignación, tan válidamente como si lo hiciera al acreedor en persona; de suerte que no ha existido la imposibilidad alegada por Ramírez y sostenida por el Tribunal.

"Siendo evidente que Ramírez estaba obligado a pagar en los quince días siguientes al primero de marzo (haciendo caso omiso de la cláusula 3ª), para evitar la terminación del contrato, el pago no se consumaba sino mediante la prestación de lo que se debía. De modo que

el mal llamado allanamiento o supuesta oferta privada, de nada le servía en orden a cumplir su obligación y precaver los efectos de su no cumplimiento, antes de que Benavides diera por terminado el contrato."

Y concluye:

"Me he permitido hacer estas observaciones, porque no he podido dejar pasar inadvertida la inconcebible doctrina sentada por el Tribunal, que viola los artículos 1546, 1609, 1626, 1656, 1657, 1658, 2000 y 2002 del Código Civil, y 13 de la Ley 95 de 1890, el primero, por haberlo aplicado al caso del pleito en cuanto a la demanda principal y haber dejado de aplicarlo en cuanto a la demanda de reconvencción; el segundo, por indebida aplicación; los demás, por haberlos dejado de aplicar al caso del pleito, en cuanto a la demanda principal. En este último concepto violó también el artículo 1613 de la misma obra."

En seguida, el recurrente pasa a impugnar la aseveración del Tribunal acerca de que el doce de marzo de mil novecientos veinticuatro, Ramírez hizo oferta formal de pago a Benavides por medio de comisionado.

Al efecto expone que Ramírez planteó la cuestión en la demanda diciendo que él había cumplido estrictamente sus obligaciones contractuales; que hallándose ausente en marzo de mil novecientos veinticuatro, comisionó a Manuel Vicente Benavides para que, a su nombre, le pagara el canon al doctor Fabio; que Manuel Vicente le ofreció el pago al mencionado doctor en conferencias sucesivas que tuvo con él hasta el trece de marzo; que Fabio se negó a recibir el canon de arrendamiento, manifestando que el contrato había terminado por no haber pagado Ramírez, manifestación que hacía con fecha doce del propio marzo, y que Fabio Benavides, con su negativa a recibir el pago del arrendamiento, impidió el pago oportuno que de él iba a hacer Ramírez.

El apoderado de Fabio Benavides negó categóricamente estos hechos, manifestando, sustancialmente, que no era cierto que Manuel Vicente Benavides le hubiera presentado a Fabio el dinero valor del arrendamiento; que tampoco es cierto que Fabio se hubiera negado a recibir el dinero, porque éste nunca se le presentó, **ni que haya impedido al demandante hacer el pago por cualquiera de los medios indicados por la ley.**

Negado categóricamente por el apoderado de Fabio Benavides el hecho de la oferta, correspondía al demandante probarlo, según los artículos 542 y 543 del Código Judicial, y sobre el particular los únicos elementos probatorios que obran en los autos, como lo reconoce el Tribunal, se reducen a las declaraciones de Senén Rodríguez y Manuel Vicente Benavides y a las posiciones absueltas extrajuicio por el doctor Benavides y en la segunda instancia.

Copia el recurrente la respuesta de Benavides a la posición 3ª de las que absolvió extrajuicio y a la posición 5ª, y las comenta en el sentido de que aquél no confesó el hecho de la oferta, sino que, al contrario, lo negó reiteradamente. Sin embargo, el Tribunal, con ánimo prevenido, se obstina en ver en las circunstancias más insignificantes, señales de la oferta, y saca pie de esa negativa para formular una serie de hipótesis caprichosas y faltas de lógica, con el fin de deducir que Benavides rechazó la oferta. Esta mala apreciación de la exposición de Benavides llevó al sentenciador a dos errores: uno evidente de hecho, que estriba en haber olvidado que Fabio negó que se le hubiera hecho la oferta y que él la hubiese rechazado, pues el Tribunal tomó la negativa como una confesión, y otro de derecho, al es-

timar que una negativa envuelve una confesión, con lo cual violó los artículos 555 y 556 del Código Judicial. El Tribunal no encaminó su procedimiento a procurar demostrar la oferta, sino el rechazo del pago, como si éste fuera consecuencia necesaria de aquélla. Y por la misma equivocada apreciación, el Tribunal incurrió en otro error evidente de hecho, al tomar aisladamente el concepto de Benavides, prescindiendo de la negativa y demás circunstancias que la explican, y que son inseparables de aquélla, y en un error de derecho, al creer que ese concepto podía separarse para habilitarlo como señal o indicio, y por esto quebrantó el artículo 568 del mismo Código.

Se considera:

Para estudiar con orden los numerosos cargos enuncrados en este capítulo, la Corte empieza por fijar su atención en la segunda parte, o sea que es equivocado el concepto de que Ramírez hizo oferta de pago el doce de marzo de mil novecientos veinticuatro; pero como el recurrente concreta el ataque a la prueba de confesión, dejando para otro capítulo lo relativo a la testimonial, aquella prueba será examinada al presente.

El error evidente de hecho que cometió el sentenciador al apreciar la exposición de Benavides, estriba en que olvidó que el doctor negó categóricamente que se le hubiera hecho oferta de pago y que él la hubiera rechazado.

Mas a esto ha de responderse que el Tribunal no cayó en el olvido apuntado, pues expresamente dice:

"El demandado niega la oferta de pago que el demandante afirma haberle hecho por conducto de Manuel Vicente Benavides; pues ni este señor le hizo manifestación alguna al respecto, ni él tuvo conocimiento de que en la conferencia que tuvieron en casa de Senén Rodríguez iba a pagarle; de modo que el saber si el aserto de Ramírez es o nó cierto, es punto que habrá que resolverse en presencia de los elementos de prueba, aducidos al juicio, elementos que se reducen a las declaraciones de Senén Rodríguez y Manuel Vicente Benavides y a las posiciones absueltas por el doctor Benavides extrajuicio, y en esta instancia."

El error de derecho se hace consistir en que el Tribunal estimó que una negativa envuelve una confesión, con lo cual quebrantó los artículos 555 y 556 del Código Judicial y el 568 *ibidem*.

Al respecto, el Tribunal se expresa así:

"La Sala falladora considera que la declaración hecha por el doctor Benavides al recomendado de Ramírez, de que el contrato estaba terminado, tuvo por objeto y fin justificar la no aceptación de pago del precio del arrendamiento correspondiente al semestre que comenzó el primero de marzo de mil novecientos veinticuatro; pues en esa conferencia, en que se iba a tratar simplemente de ese pago, la precitada declaración no puede tener otra significación ni otro alcance, según el orden de ideas expuesto. Precisamente porque la oferta de pago se hizo y Benavides no la aceptó, diciendo que el contrato de arrendamiento estaba terminado, fue por lo que surgió la necesidad del telegrama que Manuel Vicente se apresuró a dirigirle a Ramírez, y que sólo justifica la negativa aludida, para que, impuesto el comitente de la situación, acudiera a confrontarla y resolverla. Es claro, y por lo demás lógico, que si tal oferta no hubiera tenido lugar y el doctor Benavides no la hubiera rechazado, alegando aquel motivo, el telegrama no habría tenido razón de ser, ni sus términos habrían sido tan apremiantes:

'Urge venga arreglar personalmente.'

"En síntesis: Benavides no aceptó la oferta, porque en su sentir el contrato estaba terminado; ésta es una deducción que salta a la mente, pues lo uno es consecuencia de lo otro. Este hecho envuelve un indicio no despreciable y contribuye a formar la creencia de que las afirmaciones contenidas en los numerales octavo y noveno de la demanda son ciertos."

Como se advierte, el Tribunal no dice que la negativa de Benavides acerca de que se le hiciera la oferta es una confesión, sino que estima como un indicio el haber manifestado aquel señor que en su concepto estaba terminado el contrato. El hecho de la manifestación es cierto y no halla la Corte error de derecho en haber tomado de ella el sentenciador un indicio, porque indicio es todo hecho conocido que por su relación más o menos íntima con el hecho que se cuestiona puede servir para inclinar la razón a la creencia en la realidad del segundo. A semejante hecho le hace el Tribunal algunas reflexiones con el fin de acreditar su enlace con el hecho de la oferta; mas esta apreciación puramente subjetiva del indicio escapa a la casación, según conocida jurisprudencia de la Corte al respecto. Hé aquí porqué no aparecen violados los citados artículos referentes a la confesión.

Volviendo ya a la primera parte del capítulo, ha de verse lo que hay sobre la transgresión del artículo 1609 del Código Civil, que es lo principal.

El Tribunal, mediante una serie de indicios que admite, da por probada la oferta de pago hecha al doctor Benavides por el recomendado de Ramírez, y dice:

"De forma y manera es que Ramírez no violó el contrato de arrendamiento de que se ha hablado, y que al tiempo del lanzamiento de la finca objeto de él, dicho señor no estaba en mora de cumplir su obligación y por lo mismo Fabio Benavides al provocar el juicio de desahucio y obtener la entrega de la finca, mediante el lanzamiento decretado, violó abiertamente el mencionado contrato, porque la condición resolutoria expresa consignada en la cláusula sexta no se había cumplido a la fecha de la oferta."

Agrega el Tribunal que podrá argüirse que el juicio de desahucio se promovió días después del quince de marzo y que contra la negativa del doctor Benavides pudo haberse reaccionado, de donde se sigue que el demandante no cumplió con su obligación, o que en la fecha del desahucio ya se había consumado la condición resolutoria. Pero él mismo responde a la objeción expresada que el argumento carece de fuerza porque antes del quince de marzo Ramírez había ofrecido el pago y Benavides se había negado a recibirlo, de donde se deduce que no estaba en mora de cumplir su obligación, y porque, fundada la negativa en el hecho de que el contrato estaba terminado, el único camino que quedaba al comisionado de Ramírez era el de dar cuenta a éste de lo sucedido, pues quizá la insistencia habría sido perfectamente inútil."

Y en otra parte:

"Realmente Ramírez o su comisionado ha debido emplear esa medida (la consignación) para mayor seguridad, y el no haberlo hecho implica de su parte un descuido; pero el argumento, con todo, no tiene fuerza por dos razones: porque si el arrendatario hubiera acudido al pago por consignación y éste se hubiera declarado suficiente por sentencia que tuviera la autoridad y fuerza

de cosa juzgada, entonces lo que habría alegado Ramírez sería el pago, y ya se ha visto que lo que éste invoca es que se allanó a cumplir en la forma y tiempo debido, que es uno de los casos en que de acuerdo con el artículo 1609 del Código Civil el deudor no está en mora; y porque para demostrar aquella disposición en que estuvo el deudor de cumplir con su obligación, no es necesario, en caso de repugnancia del acreedor, hacer el pago por consignación, si ese hecho puede establecerse por otros medios igualmente eficaces. La ley no exige necesariamente para tales casos el pago por consignación, sino que presenta al deudor ese medio que a facultad puede utilizar para los efectos del artículo 1683 del Código Civil."

El Tribunal afirmó que el allanamiento del deudor es uno de los casos en que no está en mora, con arreglo al citado artículo 1609, y que Ramírez no lo está por haber ofrecido pagar antes del quince de marzo, porque tal oferta es una demostración de allanamiento; y la Corte no descubre error de derecho en este concepto, supuesto que si era deber del arrendatario pagar el canon, al no querérselo recibir el arrendador, le bastaba probar suficientemente su voluntad o disposición práctica de pagar. El doctor Benavides le hace el cargo a Ramírez de no haber pagado oportunamente el precio, es decir, de hallarse en mora al respecto; luego sí es aplicable a la ocurrencia el artículo 1609, que establece los casos en que el deudor se libra de la sanción de la mora, uno de éstos el allanamiento. Y si se arguyere que Benavides había cumplido hasta entonces sus obligaciones de arrendador, por lo cual la contraparte no tenía por qué requerirlo, manifestando a la vez su propio allanamiento, es dable sostener que el recibo del precio, a la par que un derecho para Benavides, era una obligación del mismo, porque en las prestaciones recíprocas de un contrato, cada parte, al cumplir las suyas, va adquiriendo derecho a que la otra las cumpla. Si la parte acreedora se niega sin motivo a aceptar, no sería justo que las consecuencias del rechazo culpable recayeran sobre el deudor allanado.

Es que la renuencia del acreedor para recibir (mora accipiendi), también tiene trascendencia en los contratos. Conocidas son las diferentes cuestiones suscitadas en la teoría general del derecho respecto del alcance de dicha mora en orden a la liberación del deudor en cuanto a los intereses, los riesgos de la cosa debida, la indemnización de perjuicios y la resolución; cuestiones planteadas sobre la base de un ofrecimiento no seguido de depósito judicial. La Corte no entra en el estudio de tales cuestiones: se limita a insistir en su pensamiento acerca de que, en el caso controvertido, la repulsa que el demandado le dio a la oferta que el demandante le hizo oportunamente en razón del lugar y el tiempo, si bien no equivale al cumplimiento de la obligación de Ramírez, sí exime a éste de la sanción de perjuicios y resolución, porque aquella oferta es una prueba bastante de su allanamiento.

Por esto, estima la Sala que no ha habido indebida aplicación del artículo 1609 del Código Civil, ni violación de los artículos 1546 y 1626: respecto de éste, nótese que el sentenciador no ha sostenido que Ramírez haya pagado el canon. Cuanto a los artículos restantes (1656, 1657, 1658, 2000 y 2002), el punto será examinado en otros capítulos.

El capítulo tercero de la demanda se refiere a errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba

testimonial y violación de los artículos 596, 599, 607, 608, 609 y 614 del Código Judicial y 75 de la Ley 105 de 1890.

Transcribe el recurrente las declaraciones de Manuel Vicente Benavides y Senén Rodríguez y expresa que, en lo sustancial y pertinente, son palmarias las contradicciones que hay entre ellas; por donde el Tribunal ha incurrido en enormes errores de hecho y de derecho al reconocerles valor probatorio sobre el hecho de la oferta. En efecto: Manuel Vicente declara que dijo al doctor Benavides que tenía recomendación de Ramírez para pagarle el arrendamiento, y Rodríguez afirma que estuvo presente en todo el curso de la conferencia y no oyó que el dicho Manuel Vicente manifestara a Benavides que iba como comisionado de Ramírez a verificar tal pago. Manuel Vicente dice que Fabio redactó el telegrama dirigido a Ramírez, y Rodríguez asegura que fue Manuel Vicente quien lo redactó. El sentenciador erró de hecho al pasar inadvertido un desacuerdo tan palpable y erró de derecho al estimar que en tales declaraciones hay elementos probatorios del hecho de la oferta, y en tal concepto quebrantó el artículo 607 del Código Judicial; y por no haber prescindido de ellas a causa de su notorio desacuerdo, violó el susodicho artículo 75.

En seguida formula el recurrente algunas críticas contra la apreciación de estos testimonios por el fallo recurrido.

La Corte considera:

El sentenciador expuso que, como de acuerdo con el artículo 607 del Código Judicial, dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, hacen plena prueba, con las declaraciones de Manuel Vicente Benavides y Senén Rodríguez, han de darse por establecidos estos hechos: que Manuel Vicente y Fabio estuvieron tratando en casa de Rodríguez del contrato de arrendamiento que el segundo tenía con Ramírez, el 12 de marzo de 1924; que Fabio manifestó en tal fecha que el contrato de arrendamiento estaba terminado y que para noticiar esto último a Ramírez se le puso un telegrama a Armenia.

Como se ve, son tres los hechos que el Tribunal acepta como probados con los dichos de los testigos:

1º Que Manuel Vicente y Fabio Benavides estuvieron tratando en casa de Rodríguez del contrato de arrendamiento el 12 de marzo de 1924.

2º Que Fabio manifestó que el contrato estaba terminado, y

3º Que para contarle esto último a Ramírez se le puso un telegrama a Armenia. Sobre estos hechos existe acuerdo entre los testigos, como puede comprobarse leyendo la declaración de Senén Rodríguez (folio 22 del cuaderno número IV).

En lo que hay divergencia es en que este testigo no oyó que Manuel Vicente le hubiera dicho a Fabio que iba comisionado por Ramírez para hacer el pago y en la persona que redactara el telegrama. Mas estos puntos de divergencia no los dio el sentenciador por acreditados con las declaraciones, ni dijo que éstas eran contestes al respecto. Por tanto, el Tribunal no transgredió el artículo 607 del Código Judicial al decir que estaban probados los hechos acerca de los cuales recayó la unanimidad de los testimonios, ni por lo mismo era el caso de desechar éstos conforme al citado artículo 75 de la Ley 105.

Cuanto a la discrepancia de los testigos sobre la manifestación de Manuel Vicente de que iba recomendado

por Ramírez para hacer el pago, el recurrente formula más reparos contra lo aseverado por el Tribunal. Este dijo que Manuel Vicente declara sobre hechos positivos y el segundo sobre negativos (no haber oído la oferta) y que el punto no interesaba a Rodríguez y su atención pudo no estar lista o dispuesta a escuchar minuciosamente lo que se tratara. Según el autor del recurso, aquí hay otro error evidente de hecho, porque Rodríguez afirma que siguió todo el curso de la conferencia y que en ella no se dijo nada de lo que sostiene Manuel Vicente. Empero, la Corte no advierte el error acusado, al menos con la nota de evidencia. Depuso Rodríguez que no oyó ni le consta que Manuel Vicente manifestara a Fabio que iba recomendado por Ramírez para pagar el arrendamiento, y el no haber oído esto no es incompatible con haber presenciado el curso de la conferencia, porque no queda excluida la posibilidad de una distracción, como dice el Tribunal.

Observa el recurrente que el testimonio de Manuel Vicente Benavides no es admisible por falta de imparcialidad y da las razones de ello; mas téngase en cuenta que el testigo no fue tachado, por lo cual la objeción es improcedente ante la Corte (artículo 648 del Código Judicial).

Impugna el recurrente lo aseverado por el Tribunal en relación con el testimonio de José Ignacio Bermúdez (folio 13 vuelto del cuaderno número 6).

Dijo el testigo:

“Por haberlo presenciado y habérmelo dicho el señor Manuel Vicente Benavides, me consta que el doctor Fabio Benavides se negó a recibir el valor del arrendamiento de **Baltimore**....”

El Tribunal acogió la declaración y añadió:

“De manera que sobre el expresado hecho (la oferta de Manuel Vicente Benavides), puede decirse que existe plena prueba, pues sobre él declararon dos testigos hábiles.”

Cayó el sentenciador—sigue el recurrente—en un increíble error de derecho al reconocerle mérito probatorio al testigo que declara de oídas y no expresa circunstancias de modo, tiempo y lugar, y en tal sentido quebrantó los artículos 607 y 608 del Código Judicial.

Para la Sala, procede la objeción. No se ha probado, ni alegado siquiera por Ramírez, que en la conferencia celebrada en la casa de Rodríguez hubiera estado presente Bermúdez, o que lo hubiera estado en otra conferencia que se dice habida en un hotel de Bogotá; y así las cosas, se comprende que la afirmación del mencionado Bermúdez proviene únicamente de lo que oyó a Manuel Vicente Benavides.

Por tanto, no hay completa prueba testimonial acerca de semejante oferta; pero de aquí no se sigue la infirmación del fallo, supuesto que éste descansa sobre una prueba indicial, que el Tribunal examina y que también es plena.

Téngase en cuenta que el Tribunal consideró la declaración de Bermúdez varios párrafos después de aquel en que sintetiza la prueba indicial para llegar a la conclusión de que ésta es suficiente. El párrafo dice:

“Estos últimos hechos envuelven otros tantos indicios graves que, sumados a los anteriores, contribuyen eficazmente a formar la creencia de que la oferta de pago se sucedió y que el doctor Benavides no la aceptó, porque el contrato en su opinión estaba terminado y en esas

condiciones el pago carecía de causa; de manera que todos estos hechos vienen a formar, a juicio de la Sala, una prueba de convicción legal suficiente para concluir que las afirmaciones contenidas en los numerales octavo y noveno de la demanda, que son los fundamentales, son ciertos.”

Se acusa, por último, la infracción del artículo 614 del Código Judicial, “porque si cuando se trata de probar con testigos el pago de una deuda contenida en una escritura pública, son necesarios cinco, con mayor razón cuando se trata de probar una oferta, a la que se reconocen y atribuyen los mismos efectos del pago efectivo.”

Respóndese a esto que es inadmisibles el reparo, supuesto que la ley no exige cinco testigos para acreditar una oferta, ni ante el silencio de la ley hay porqué exigirlos con la sola base de un débil argumento **a fortiori**. Por lo demás, el Tribunal no ha reconocido a la oferta el mismo efecto del pago efectivo.

Por lo expuesto, no prosperan (con la excepción explicada), los cargos contenidos en este capítulo.

El capítulo cuarto trata de la violación del artículo 1763 del Código Civil.

El Tribunal violó esta disposición sustantiva al estimar que Fabio Benavides había autorizado y consentido el telegrama dirigido por Manuel Vicente a Antonio J. Ramírez. De conformidad con el artículo, el único responsable del despacho es su signatario, y el doctor Benavides no estaba obligado a dejar constancias ni a hacer reservas de ninguna especie en un documento que no iba autorizado con su firma y que no podía perjudicarlo. De donde se deduce que, sin pruebas de ninguna clase—porque no se halla acreditada la oferta—y fundado en una doctrina disparatada, el Tribunal condenó al doctor Benavides.

La Corte considera:

El sentenciador expone que el doctor Benavides tuvo a la vista el texto del telegrama, lo leyó, lo corrigió en un error ortográfico y le puso de su puño y letra la palabra **duplicado** a la copia y que el contenido de ese telegrama no podía serle indiferente por referirse a un contrato en que tenía interés directo. Con todo, lo dejó pasar sin observación, lo que significa que le prestó asentimiento tácito. No vale decir—continúa—que el único responsable de una comunicación de aquella clase es el que la suscribe y que, por tanto, como acto de tercero es indiferente, porque, por una parte, no puede aceptarse que el asunto fuera indiferente al doctor y, por otra, el telegrama se considera como el resultado necesario de la conferencia.

Como se advierte, el Tribunal no afirma que el telegrama fuera suscrito por Fabio Benavides, ni que éste por sí solo hace fe contra él. Lo que afirma es que dicha pieza, en razón de las circunstancias en que fue redactada, fue consentida por Benavides, y esto es distinto de la aseveración que el recurrente le atribuye al Tribunal. En otros términos, de las circunstancias de aquella redacción saca el sentenciador un indicio encaaminado a probar que hubo una oferta que Benavides rechazó por creer terminado el arrendamiento. Ahora bien: no estima la Corte que la deducción del indicio envuelva quebrantamiento del mentado artículo 1763 del Código Civil, y de aquí que se deseche el cargo a que se contrae el presente capítulo.

En el capítulo quinto se acusa la infracción de los artículos 1609, 1626, 1656, 1657, 1658, 2000 y 2002 del Código Civil y 13 de la Ley 95 de 1890. También la del artículo 1546, según se ve en la adición de la demanda.

Con el fin de sustentar el cargo, se repiten en gran parte las consideraciones formuladas en el capítulo 1º y se insiste en la impugnación porque las acciones del arrendador no se enervan por el allanamiento del arrendatario a cumplir, sino por el cumplimiento efectivo. El artículo 1609 habría tenido aplicación correcta si Benavides hubiera dejado de cumplir con lo de su incumbencia: en tal evento, estaría aquél en mora, demostrando Ramírez que él por su parte había cumplido el contrato. Pero el caso actual es distinto: Ramírez estaba obligado a pagar en los quince primeros días (aun pasando por alto la cláusula 3ª); Benavides, como acreedor, intentó el desahucio el día 24 y hasta ese día Ramírez no había efectuado el pago, único hecho capaz de extinguir la acción en referencia. Además, no es cierto, como lo afirma el Tribunal, que la renuencia de Benavides a recibir el precio, hubiera puesto a Ramírez en la imposibilidad de verificar tal prestación, pues allí estaba el pago por consignación, institución jurídica establecida, según ha declarado la Corte, para todo evento en que se deba algo y el acreedor rehusa recibir. Y el sentenciador le hizo producir efecto de pago a una oferta privada, contra el tenor del artículo 13 de la citada Ley 95.

Se considera:

La Corte reproduce aquí lo expuesto a propósito del capítulo primero.

El Tribunal no ha sostenido que la oferta hecha por Ramírez, mediante recomendado, sea el pago de la obligación, sino que éste, en virtud de tal oferta, se allanó oportunamente al cumplimiento, y desde semejante punto de vista es aplicable el artículo 1609 del Código Civil, con arreglo a lo explicado antes.

Cuanto a la imposibilidad en que, según el sentenciador, puso a Ramírez la renuencia de Benavides, ella ha de entenderse en sentido relativo, o sea dadas las circunstancias de hecho en que se halló el primero. El doctor no aceptó la oferta y no teniendo obligación el deudor de acudir a la consignación (aunque si fue un descuido suyo el no haberlo hecho), le bastaba la disposición o allanamiento de cumplir. Tal es el pensamiento del Tribunal, quien agrega que la ley no exige necesariamente en esos casos el pago por consignación, sino que éste es un medio que a facultad puede utilizar la persona obligada.

En sentir de la Corte, el pago por consignación es indispensable para el cumplimiento de la obligación, pero no para establecer el allanamiento del deudor a cumplirla, porque una cosa es el cumplimiento y otra el allanamiento a él. Así, pues, cuando el deudor, para evitar los efectos de su mora, se contenta con hacer incurrir al acreedor en la mora de recibir, le basta allanarse a cumplir mediante el ofrecimiento de pago. Esta distinción, por lo demás, viene reconocida desde el derecho antiguo, según la máxima latina que, traducida, dice que la oferta basta para impedir la mora, pero no para extinguir la obligación.

Hé aquí porqué no prosperan los cargos de este capítulo.

El sexto comprende la violación de los artículos 1997, 2000, 2002, 2003, 2005 y 2037 del Código Civil.

Se basa el ataque en que Ramírez dejó de pagar el primero de marzo de mil novecientos veinticuatro y dentro

de los quince días siguientes, infracción que dio lugar a la terminación del contrato; que el mismo Ramírez no cumplió el deber de devolver la finca en el estado en que la tomó, sino que la devolvió en completo abandono, destruidos los edificios y otras obras del servicio de la hacienda, y dejó de entregar muchos objetos de valor y entregó otros muy deteriorados; hechos todos estos que daban derecho al contrademandante para ejercitar las acciones reconocidas en los artículos susodichos.

Se considera:

Las últimas inculpaciones parecen referirse a la demanda de reconvención, la cual es improcedente, con una salvedad, por ser procedente la principal, respecto de la cual no se hallan acreditados los motivos aducidos en casación.

Tocante a la transgresión de los artículos 2000 y 2002, vuelve a decirse que el Tribunal no ha afirmado que Ramírez hiciera el pago del canon de arrendamiento, sino que se allanó oportunamente a hacerlo, lo cual lo libró de las sanciones de la mora. La intención del Tribunal aparece clara en este párrafo:

“No hay contradicción entre la conclusión a que se llegó estudiando la demanda principal y la que se adopta respecto al pago de que trata la petición (3ª de la contrademanda), porque, habiéndose establecido que está vigente el contrato de arrendamiento, las obligaciones de las partes no quedan satisfechas con el hecho de haberse allanado el arrendatario al cumplimiento de su obligación; es preciso que las cumpla. El allanarse miraba a la exigibilidad de la obligación, no a la existencia misma de ésta.”

Despréndese de lo anterior que tampoco se hallan acreditados los cargos contenidos en el actual capítulo, postrero de la demanda de casación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez y siete de diciembre de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito de Bogotá, la señora Margarita Prieto de Mendieta demandó por la vía ordinaria al señor doctor Januario Gómez y a su mujer, señora Edelmira Mendieta de Gómez; a las señoritas Emelina o Ismelinda, María Natividad, Evangelina y Clementina Mendieta; a las impúberes María Olga, Blanca Cecilia y Lilia Mercedes Mendieta, representadas por su madre legítima, señora Edelmira Mendieta de Mendieta, para que, con citación de todos, se hiciesen en sentencia definitiva estas declaraciones:

“a) Que es nula la compraventa que aparece en la escritura pública número setecientos veintinueve, otorga-

da en la Notaria 3ª del Circuito de Bogotá, o sea la señalada en el párrafo de este escrito, marcado con el número sexto en la enumeración de hechos, otorgada en veintiséis de octubre de mil novecientos seis.

"b) Que es nula la compraventa que aparece en la escritura pública número trescientos sesenta y tres, otorgada en la Notaria del Circuito de La Vega el veintisiete de diciembre de mil novecientos nueve, o sea la mencionada en el párrafo de este escrito, señalado con el número séptimo en la relación de hechos.

"c) Que es nula la compraventa que aparece en la escritura pública número mil cuatrocientos, otorgada en la Notaria 3ª del Circuito de Bogotá el diez y siete de noviembre de mil novecientos diez y seis, o sea la señalada en el párrafo de este escrito distinguido con el número octavo en la relación de hechos.

"d) Que, en consecuencia, los bienes descritos por su nombre, ubicación y linderos en los párrafos de este escrito, señalados con los números segundo y quinto de la relación de hechos, pertenecen a la sociedad conyugal ilíquida, formada por el matrimonio que contrae con el señor Fidel Mendieta.

"e) Que el señor doctor Januario Gómez, quien ocupa y retiene los mencionados bienes, debe entregarlos a la expresada sociedad conyugal ilíquida, por mí representada, como cónyuge sobreviviente, entrega que debe hacer dentro del término de tres días, a contar de la fecha en que la respectiva sentencia definitiva quede ejecutoriada.

"f) Que el expresado señor Januario Gómez debe entregar a la sociedad conyugal ilíquida mencionada, por mí representada, los frutos de las expresadas fincas, a partir del día diez y siete de noviembre de mil novecientos diez y seis, y no sólo los que haya percibido efectivamente, sino los que hubieran podido percibirse con mediana inteligencia y actividad. La cantidad que se deba por razón de estos frutos será la que resulte del avalúo que habrá de practicarse en el curso del juicio, y de ella debe deducirse la suma de mil pesos (\$ 1,000) oro a que ascienden los suministros que por mensualidades de cien pesos cada una me ha hecho, a partir del fallecimiento de mi marido el señor Fidel Mendieta."

Se fundó en los Títulos 2º y 20, Libro 4º, del Código Civil; en los artículos 1849, 1857, inciso 1º; 1864, 1774, 1781, Título XXII, Libro 2º, del mismo Código, y en los hechos que a continuación se transcriben:

"1º El diez y siete de mayo de mil ochocientos setenta y tres contrae matrimonio con el señor Fidel Mendieta, ya finado, ante el Cura párroco de Bituima.

"2º Por escritura pública número veintinueve, otorgada ante el Notario 3º del Circuito de Bogotá el diez y nueve de enero de mil ochocientos noventa y cuatro, mi marido señor Fidel Mendieta compró a los señores Julio y Pablo Barriga cinco lotes de terreno, que hacían parte de la antigua hacienda de Melgar, situados en el Municipio de La Vega, y denominados San Antonio de Cuñutá, La Aurora, Gualivá, Alto Gualivá y Buenavista, lotes cuya extensión y linderos se expresan a continuación: San Antonio de Cuñutá, con una extensión de seiscientas cuarenta y nueve y media fanegadas, marcado con los siguientes linderos:

"Por el Norte, desde Alto Grande, un alineamiento recto de mil quinientos metros, con rumbo Norte, sesenta y siete grados Oeste, hasta Alto Motoso; de allí, con rumbo Norte, cuarenta y nueve grados, treinta minutos

(49° 30') Oeste, hasta Alto Cumbreira; de allí, línea recta, al Alto de la Cruz, con rumbo Norte, setenta y un grados (71°) Oeste; de allí línea recta, al río Gualivá, con rumbo Norte, setenta grados, veinte minutos (70°, 20') Oeste; por el Oriente, desde Alto Grande, con rumbo Norte, ciento setenta y siete grados, cuarenta y cinco minutos (177°, 45') Este, hasta Alto Perucho, y una distancia de ochocientos seis metros (806 m.); por el Sur, desde Alto Perucho, línea recta de dos mil seiscientos setenta metros (2,670 m.), con rumbo Norte, setenta y siete grados, cuarenta minutos (77°, 40') Oeste, hasta Loma Pelada, y de allí, con rumbo Norte, cien grados treinta minutos (100°, 30') Oeste, hasta la confluencia de Quebradagrande con el río Gualivá; de allí, río abajo, hasta el pie de la estancia de la viuda de Urquijo, o sea hasta encontrar la línea recta del Alto de la Cruz, descrita en el lindero Norte.'

"La Aurora, con una extensión de quinientas cincuenta y ocho y media fanegadas (558½), lindando:

"Por el Norte, desde Alto Perucho, en línea recta y con rumbo Norte, setenta y siete grados, cuarenta minutos (77°, 40') Oeste, una distancia de dos mil seiscientos setenta metros (2,670 m.), hasta Loma Pelada; de allí, en línea recta, y con rumbo Norte, cien grados treinta minutos (100°, 30') Oeste, hasta la confluencia de Quebradagrande con el río Gualivá; por el Oriente, desde Alto Perucho, una línea recta de mil setenta metros (1,070 m.), por la cima de la cordillera, y con rumbo Norte, ciento cincuenta y ocho grados (158°) Oeste, hasta Peñascoloradas; de allí, una línea recta de dos mil trescientos noventa metros (2,390 m.), con rumbo Norte, setenta y un grados, quince minutos (71°, 15') Oeste, hasta el Alto del Faro; de allí, en línea recta de seiscientos veinte metros (620 m.), con rumbo Norte, ciento diez y seis grados, veinte minutos (116°, 20') Oeste, hasta Alto Arrayanal; de allí, en línea recta; con rumbo Norte, ciento treinta y ocho grados, treinta minutos (130°, 30') Oeste, hasta el río en el sitio de El Derrumbe; luego, este río abajo, hasta la confluencia de Quebradagrande.'

"Gualivá, con una extensión de quinientas fanegadas, lindando:

"De Peñascoloradas, una línea recta de dos mil trescientos noventa metros (2,390 m.), con rumbo Norte, setenta y un grados, quince minutos (71°, 15') Oeste, hasta Alto del Faro; de allí una línea recta de seiscientos veinte metros (620 m.), con rumbo Norte, ciento diez y seis grados, veinte minutos (116°, 20') Oeste, hasta Alto Arrayanal; de allí, en línea recta, con rumbo Norte, ciento treinta y ocho grados, treinta minutos (138°, 30') Oeste, hasta el río, en el sitio de El Derrumbe; por el Oriente y Sur, desde Peñascoloradas, una línea recta de mil ochocientos doce metros, con rumbo Norte, ciento cuarenta y dos grados (142°) Oeste, hasta el sitio de La Chorrera, y luego este río, aguas abajo, hasta encontrar el lindero Norte en El Derrumbe.'

"Alto Gualivá, con una extensión de cuatrocientas treinta y cuatro fanegadas, lindando:

"De Las Peñascoloradas, una línea recta de mil ochocientos doce metros (1,812 m.), rumbo Norte, ciento cuarenta y dos grados Oeste, hasta el río, en el sitio de La Chorrera; luego, por el río arriba, hasta tocar el lindero con la hacienda de La Selva, cerca de los nacimientos del río; de allí, siguiendo el lindero de dicha hacienda, a buscar la cordillera de El Emparamado, hasta la cima del Alto del Uval; de allí, por la cima, y con

rumbo Norte, veintiún grados (21°) Oeste, hasta **Peñascoloradas**.

"**Buenavista**, con una extensión de quinientas cuarenta y cuatro fanegadas y un cuarto de fanegada (544 $\frac{1}{4}$), lindando:

'Desde **Peñascoloradas**, con rumbo Norte, ciento siete grados con treinta minutos (107°, 30') Este, una línea recta de tres mil cuatrocientos quince metros, que atraviesa toda la hoya de **El San Juan** hasta **El Cerrajón**; de allí, con rumbo Norte, ciento veintinueve grados (129°) Oeste, por la cordillera, una distancia de mil trescientos cincuenta metros, hasta el sitio de **Los Balconcitos**, del camino nuevo de **El Dintel**, el punto en que tiene dos pasos muy cercanos del río San Juan, tocando con el paso de más abajo; de allí, con rumbo Norte, ciento treinta y tres grados (133°) Oeste, una línea recta a la cúspide del alto de **El Emparamado**; de allí, siguiendo la cima al Norte, con rumbo Norte, cuarenta y un grados (41°) Oeste, y una distancia de mil metros hasta el alto de **El Uval**; de allí, con rumbo Norte, veintiún grados (21°) Oeste, hasta **Peñascoloradas**, punto de partida.'

"3° Por escritura pública número cuarenta y uno, otorgada en la Notaría del Circuito de Anolaima el diez y nueve de febrero de mil ochocientos noventa y nueve, los lotes de terreno mencionados en el punto anterior fueron vendidos por el señor Fidel Mendieta a los señores Jenaro e Isaac Mendieta y Demetrio Mora.

"4° Por escritura pública número treinta y ocho, otorgada en la Notaría 3ª del Circuito de Bogotá el quince de enero de mil novecientos tres, los señores Jenaro e Isaac Mendieta y Demetrio Mora vendieron nuevamente al señor Fidel Mendieta los lotes de terreno referidos.

"5° Por escritura pública número dos mil doscientos cuarenta y cuatro, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá el nueve de octubre de mil novecientos tres, el señor Fidel Mendieta compró al señor José María Sierra S. dos porciones o lotes de terreno que hacen parte de la antigua hacienda de **Melgar** o **La Vega**, ubicados en el Municipio de La Vega, denominados, respectivamente, **Butulú** y **Tierras Viejas**, y demarcados por los siguientes linderos:

'**Butulú**, linda por el Norte, un alineamiento recto, con rumbo Norte, noventa y siete grados, cincuenta minutos (97°, 50') Oeste, que mide mil quinientos setenta metros (1,570 m.), hasta **Bulucaima**; por el Oriente, siguiendo la cima desde **Butulú** al alto del **Cural**; de allí, un alineamiento recto de novecientos setenta metros (970 m.), con rumbo Norte, noventa grados, cuarenta minutos (90°, 40') Oeste, hasta el alto del **Congo**; de allí, siguiendo el camino de **Tierras Viejas**, hasta caer a la quebrada **Honda**; de allí, con rumbo Norte, noventa y cuatro grados Oeste, en línea recta, que mide seiscientos cinco metros, hasta **Bulucaima**, y de allí, hacia el Norte, por el lindero de **Bulucaima**, línea recta, hasta encontrar el lindero Norte, ya descrito.'

"Los linderos de **Tierras Viejas** son:

'Por el Norte, desde el alto del **Congo**, siguiendo la dirección del camino de **Tierras Viejas**, hasta el paso de la quebrada **Honda**; de allí, rumbo Norte, noventa y cuatro grados Oeste, una línea recta, que mide seiscientos cinco metros (605 m.), hasta encontrar el lindero de **Bulucaima**; por el Oriente, y con rumbo Norte, ciento setenta y cinco grados (175°) Oeste, un alineamiento recto, que mide dos mil quinientos ochenta metros, hasta **Alto Motoso**; de allí, una línea recta, hasta **Alto Cumbre**

ra, con rumbo Norte, cuarenta y nueve grados, treinta minutos (49°, 30') Oeste; de allí, en línea recta, y con rumbo Norte, sesenta y un grados (61°) Oeste, hasta **Alto de la Cruz**, y de allí, línea recta, por el lindero recto de **Bulucaima**, hasta encontrar el lindero Norte, ya descrito.'

"6° En escritura pública número setecientos veintinueve, otorgada en la Notaría 3ª del Circuito de Bogotá el veintiséis de octubre de mil novecientos seis, aparece que el señor Fidel Mendieta vendió al señor Belisario Mendieta y a las señoritas Emelina o Ismelinda, María Natividad, Edelmira, Evangelina y Clementina Mendieta, las fincas mencionadas en los párrafos de este escrito, señalados con los números segundo y quinto, o sean los terrenos denominados **Butulú**, **Tierras Viejas**, **San Antonio de Cuñutá**, **Aurora**, **Gualivá**, **Alto Gualivá** y **Buenavista**, cuya ubicación y linderos quedan arriba expresados, y aparece también en la misma escritura que el vendedor se reservó el usufructo de tales fincas durante su vida; pero esta venta no fue verdadera sino simulada; no hubo en ella precio real sino aparente, pues los que en dicha escritura aparecen como compradores, no entregaron al que figura como vendedor, el precio de que allí se habla, ni contrajeron la obligación de pagarlo.

"7° En escritura pública número trescientos sesenta y tres, otorgada en la Notaría del Circuito de La Vega el veintisiete de septiembre de mil novecientos nueve, aparece que el señor Fidel Mendieta vendió a los señores **Januario Gómez** y **Belisario Mendieta** el derecho de usufructo que se reservó al otorgar la escritura de que trata el punto anterior; pero esta venta fue igualmente simulada; no hubo en ella precio real, pues los que figuran en tal escritura como compradores no entregaron el precio que allí se menciona, ni contrajeron obligación de pagarlo.

"8° En escritura pública número mil cuatrocientos, otorgada en la Notaría 3ª del Circuito de Bogotá el diez y siete de noviembre de mil novecientos diez y seis, aparece que las señoritas Emelina o Ismelinda, María Natividad, Evangelina y Clementina Mendieta y el señor Belisario Mendieta vendieron al señor doctor **Januario Gómez** las partes o porciones que dijeron tener en cinco lotes que pertenecían a la antigua hacienda de **La Vega**, situada en jurisdicción del Municipio de La Vega, denominados **San Antonio de Cuñutá**, **Aurora**, **Gualivá**, **Alto Gualivá** y **Buenavista**; pero esta venta no fue verdadera sino simulada; no hubo precio real, porque quien aparece en tal escritura como comprador, no entregó a quienes figuran como vendedores, el precio de que allí se habla, ni contrajo la obligación de pagarlo.

"9° El señor Fidel Mendieta falleció el diez y ocho de diciembre de mil novecientos veintiuno, habiendo otorgado testamento nuncupativo ante el Notario 2º del Circuito de Bogotá el veintinueve de noviembre de mil novecientos veintiuno, en instrumento que lleva el número mil seiscientos sesenta y tres."

Los demandados, con excepción de la señora Clementina Mendieta, que no hizo uso del traslado, contestaron la demanda, oponiéndose a las declaraciones de la actora, y aceptando unos hechos y negando otros. El doctor **Januario Gómez**, coadyuvado por los demás demandados, con excepción de la dicha señora, propuso las excepciones de falta de acción y de prescripción, y manifestó que para el caso, que creía imposible, de que se hiciesen en favor de la actora las declaraciones indicadas en los capítulos d), e) y f) de la parte petitoria de la demanda,

se tuviera en cuenta que él había hecho en las fincas mejoras de gran valor, había pagado sumas de dinero por gravámenes que sobre ellas pesaban, y hecho desembolsos en pro de los que antes que él figuraban como dueños de los expresados inmuebles, por causa de los contratos cuya nulidad se demanda.

Seguido el juicio por sus debidos trámites, el Juez de la primera instancia lo falló así:

"1° Declárase absolutamente nulo el contrato que se hizo constar en la escritura pública número setecientos veintinueve, de la Notaría 3ª de Bogotá, otorgada el veintiséis de octubre de mil novecientos seis, en cuanto por él vendió Fidel Mendieta a Clementina Mendieta, y ésta compró a aquél, una sexta parte, en común y proindiviso, de la nuda propiedad de los lotes de terreno llamados **San Antonio de Cuñutá, Aurora, Gualivá, Alto Gualivá, Buenavista, Tierras Viejas y Butulú**, situados en la jurisdicción de La Vega, y demarcados como en esa escritura aparecen.

"2° Se niega la declaración de nulidad de dicho contrato, en cuanto por él vendió Fidel Mendieta a Emelina, Natividad, Edelmira, Evangelina y Belisario Mendieta las cinco sextas partes de la nuda propiedad de los mismos terrenos; en consecuencia, los demandados Emelina, Natividad, Edelmira, Evangelina, María Olga, Blanca Cecilia y Lilia Mercedes Mendieta quedan absueltos de los cargos que al respecto se les adujeron en la demanda.

"3° Se niega la declaración de nulidad de la venta que aparece en la escritura número trescientos sesenta y tres, de la Notaría de La Vega, otorgada el veintisiete de septiembre de mil novecientos nueve, y en consecuencia, quedan absueltos los demandados María Olga, Blanca Cecilia y Lilia Mercedes Mendieta y Januario Gómez de los cargos que al respecto se les dedujeron en la demanda.

"4° No hay lugar a la declaración de nulidad del contrato de compraventa que aparece en la escritura pública número mil cuatrocientos, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá el diez y siete de diciembre de mil novecientos diez y seis, y en consecuencia, quedan absueltos de ese cargo todos los demandados.

"5° No hay lugar a las declaraciones solicitadas bajo las letras d), e) y f) de la parte petitoria de la demanda, y en consecuencia, el demandado Januario Gómez queda absuelto de dichos cargos de la demanda; y

"6° No se hace condenación en costas."

El Tribunal de Bogotá reformó la sentencia anterior en los siguientes términos:

"1° Declárase absolutamente nulo, por simulación, el contrato que se hizo constar en la escritura pública número setecientos veintinueve, de la Notaría 3ª de Bogotá, otorgada el veintiséis de octubre de mil novecientos seis, en cuanto por él aparece vendiendo Fidel Mendieta a Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta, y éstas aparecen comprando a aquél, tres sextas partes, a razón de una sexta parte cada una, proindiviso, la nuda propiedad de los lotes de terreno llamados **San Antonio de Cuñutá, Aurora, Gualivá, Alto Gualivá, Buenavista, Tierras Viejas y Butulú**, situados en jurisdicción del Municipio de La Vega, y demarcados por los linderos que en esa escritura aparecen.

"2° Niégase la declaración de nulidad de dicho contrato, en cuanto por él vendió Fidel Mendieta a Belisario Mendieta, Edelmira y María Natividad Mendieta, las tres sextas partes de la nuda propiedad de los mismos

terrenos. En consecuencia, los demandados Edelmira, María Natividad, María Olga, Blanca Cecilia y Lilia Mercedes Mendieta quedan absueltos de los cargos deducidos en la demanda.

"3° Niégase la declaración de nulidad del contrato que aparece en la escritura pública número trescientos sesenta y tres, de la Notaría de La Vega, otorgada el veintisiete de septiembre de mil novecientos nueve, y en consecuencia quedan absueltos los demandados María Olga, Blanca Cecilia y Lilia Mercedes Mendieta y Januario Gómez, de los cargos que al respecto se formularon en la demanda.

"4° Declárase absolutamente nulo, por simulación, el contrato que se hizo constar en la escritura pública número mil cuatrocientos, de la Notaría 3ª de Bogotá, otorgada el diez y siete de noviembre de mil novecientos diez y seis, en cuanto por él aparecen vendiendo Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta a Januario Gómez, y éste comprando a aquéllas, tres sextas partes, a razón de una sexta parte cada una, en común, de la nuda propiedad de los lotes de terreno llamados **Antonio de Cuñutá, Alto Gualivá, Butulú, Buenavista y Tierras Viejas**, situados en jurisdicción del Municipio de La Vega, y demarcados por los linderos que en dicha escritura aparecen.

"5° Niégase la declaración de nulidad del contrato mencionado en el numeral anterior, en cuanto por él vendieron los señores Belisario Mendieta y María Natividad Mendieta a Januario Gómez, las dos sextas partes, a razón de una sexta parte cada uno, en la nuda propiedad de los mismos terrenos. En consecuencia, el demandado Januario Gómez queda absuelto de los cargos que al respecto se le dedujeron en la demanda.

"6° Condénase al demandado Januario Gómez a devolver, dentro de los tres días siguientes de notificado este fallo, a la sociedad conyugal ilíquida formada por los esposos Fidel Mendieta y Margarita Prieto de Mendieta, representada por esta última, o por quien sus derechos represente hoy, las tres sextas partes, o sea la mitad de los terrenos llamados **San Antonio de Cuñutá, Aurora, Gualivá, Alto Gualivá, Tierras Viejas y Butulú**, situados en jurisdicción del Municipio de La Vega, y demarcados con los linderos expresados en la demanda.

"7° Condénase al mismo Januario Gómez a restituir a la misma sociedad conyugal ilíquida, formada por los esposos Fidel Mendieta y Margarita Prieto de Mendieta, representada por esta última o por quien sus derechos represente hoy, los frutos que se hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad sobre la mitad de los terrenos expresados en el numeral anterior, a contar desde el día diez y siete de noviembre de mil novecientos diez y seis, hasta el día en que se verifique la entrega de la mitad de los expresados bienes. Estos frutos serán tasados en juicio separado, y al hacer el pago se descontará la suma de mil pesos (\$ 1,000) moneda corriente, que Margarita Prieto de Mendieta declara recibidos de Januario Gómez, por razón de la pensión que fue estipulada en su favor.

"8° No es el caso de condenar al demandado Januario Gómez a la restitución de las otras tres sextas partes, o sea la mitad de los bienes expresados en el numeral 6° de este fallo, y tampoco a los frutos producidos por dicha parte de tales bienes.

"9° Decláranse no probadas las excepciones de falta de acción y prescripción propuestas por el demandado Gómez al dar contestación a la demanda.

"10. Ordénase la cancelación de las escrituras números setecientos veintinueve y mil cuatrocientos, de fechas diez y seis de octubre de mil novecientos seis y diez y siete de noviembre de mil novecientos diez y seis, respectivamente, de la Notaría 3ª de Bogotá, y registros correspondientes, en lo relativo a las ventas que hizo Fidel Mendieta a Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta, y estas últimas a Juanito Gómez. Librense los oficios del caso tan pronto estuviere ejecutoriado este fallo.

"11. No se hace condenación en costas por no haber lugar a ello.

"No hay lugar a costas en la segunda instancia, por haber recurrido ambas partes."

Contra este último fallo ambas partes interpusieron recurso de casación, que la Corte admite por estar ajustado a las prescripciones legales, y procede a resolver, previo el estudio de las demandas respectivas.

Los demandados, por medio de sus correspondientes personeros, alegan, en primer término, la falta de personería sustantiva de la actora para demandar la nulidad de los contratos que son objeto del litigio.

Con apoyo en la primera causal de casación sostienen que el Tribunal violó directamente, por errónea interpretación e indebida aplicación al caso, los artículos 1805, 1806, 1808 del Código Civil, 15 de la Ley 95 de 1890, 1933 y 1934 del Código citado.

Como de acuerdo con el primer contrato, el contenido en la escritura setecientos veintinueve, de veintisiete de octubre de mil novecientos seis, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá, Fidel Mendieta vendió a sus hijos bienes que pertenecían a la sociedad conyugal, son de concepto los recurrentes que la cónyuge no puede alegar la nulidad de dicho contrato por simulación, porque el marido administra exclusivamente los bienes sociales, según el artículo 1805 del Código Civil, y respecto de terceros, es dueño de tales bienes en el mismo grado en que lo es de los bienes propios, y unos y otros forman conjuntamente el patrimonio del marido con relación a terceros, conforme al precepto del artículo 1806 ibidem. De manera que la mujer no puede impedir ninguno de los actos del marido, ejecutados como jefe de la sociedad conyugal, ni puede tener acción contra la efectividad de las convenciones o actos jurídicos llevados a cabo por el marido, ni antes ni después de disuelta la sociedad conyugal, porque la estabilidad de los derechos de los terceros que consultan estas dos disposiciones, sería enteramente nulatoria.

Agregan los recurrentes que la mujer puede, mediante ciertos recursos legales, evitar que se consumen actos fraudulentos del marido en perjuicio del interés social, pero carece de todo derecho para deshacer los actos consumados o perfeccionados por el marido, y que éste, en vida, no hubiera podido invalidar. En él radica la plena personería propia y de la mujer-socio para obrar en el manejo de los bienes sociales, como si le pertenecieran exclusivamente. Es decir, que la mujer, considerada como socio, está en los negocios sociales representada por el marido, y obra por medio de él. Siendo esto así, el reconocimiento de personería sustantiva para alegar la nulidad absoluta de un contrato celebrado por el marido sobre bienes sociales, viola el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 y quebranta, por desvirtuarlos completamente, los artículos 1805 y 1806 del Código Civil.

El Tribunal se fundó, para reconocer la personería de la señora demandante, en el interés que la asiste para

demandar la nulidad de los contratos, pues repuestas las cosas al estado anterior, los bienes vendidos por el señor Fidel Mendieta volverían al acervo de la sociedad conyugal ilíquida, en la cual tiene participación la cónyuge sobreviviente por concepto de gananciales; y cuanto a la prohibición establecida por el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, en el sentido de que quien ha intervenido en el acto o contrato no puede demandar la nulidad, el sentenciador es de concepto que tal prohibición tiene el carácter de sanción penal, la cual no puede recaer sobre persona distinta de aquella que celebró el contrato afectado de nulidad, y la señora Prieto de Mendieta no tuvo intervención alguna en el contrato que es objeto del litigio, desde luego que el marido obró como dueño exclusivo de los bienes sociales, equiparados para tales efectos a sus propios bienes, por el artículo 1806 del Código Civil.

Estima la Corte que, precisamente, por las disposiciones del Código Civil que consideran al marido como jefe de la sociedad conyugal, y como dueño respecto de terceros, de los bienes sociales, en los contratos que éste celebre sobre tales bienes no interviene la mujer, ni puede decirse que ella ha ejecutado el acto nulo, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Son frecuentes los casos en que el marido, ya sea para ponerse a cubierto de una separación de bienes, o para favorecer intereses distintos de los de la sociedad conyugal que administra, dispone fraudulentamente, simuladamente de los bienes, a despecho de la voluntad de la mujer, y una vez disuelta la sociedad no podría negarse a aquella la acción para demandar la nulidad de los contratos celebrados por el marido para perjudicarla, aplicando la sanción del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, que prohíbe alegar la nulidad absoluta a quienes han intervenido en la celebración del acto o contrato nulo.

Con sobra de razón dijo esta Corte en sentencia de veintidós de abril de mil novecientos veinticinco, suscrita, entre otros Magistrados, por uno de los recurrentes en este pleito:

"De la disolución de la sociedad conyugal por cualquier causa legal, surge para la mujer, con la plenitud y efectividad de todos sus derechos, el de obtener judicialmente la reparación de agravios que el marido le haya irrogado por medio de actos y contratos que, por ser nulos, resolubles o rescindibles, no esté ella obligada a respetar. Puede entonces, con legítima e indiscutible personería, invocando un verdadero interés actual, hacer valer con eficacia las correspondientes acciones de nulidad, resolución, etc., etc. La simple desconveniencia de tales actos o contratos no le da derecho alguno contra ellos, y forzoso le es aceptarlos como hechos consumados e irreparables." (Gaceta Judicial, año de 1925, tomo XXXI, página 230).

Segundo cargo.

Violación de los artículos 664 a 667 del Código Civil, porque aun suponiendo que la señora Prieto de Mendieta tuviera acción para demandar la nulidad de contratos celebrados por su marido sobre bienes de la sociedad conyugal, carece de ella para intentar demanda de nulidad del contrato celebrado por el doctor Juanito Gómez en la escritura número mil cuatrocientos, de diez y siete de noviembre de mil novecientos diez y seis, adquirente tercero, pues la acción de nulidad es personal y no real, de conformidad con las disposiciones legales que acaban de citarse, las cuales han sido erróneamente interpretadas o directamente violadas por el Tribunal,

al admitir la acción de nulidad contra terceros adquirentes, lo que implica tomar por real la acción de nulidad, con lo cual fue quebrantado también el artículo 1934 del Código Civil, porque la nulidad por simulación intentada contra las enajenaciones hechas por el General Fidel Mendieta, y que constan en las escrituras setecientos veintinueve y trescientos sesenta y tres, precisadas, las cuales expresan haberse pagado el precio, no puede extenderse ni producir efecto contra las adquisiciones hechas por terceros, ni menos fundar una acción de nulidad contra éstas.

Por el mismo concepto se acusa la sentencia como violatoria, tanto del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, como de los artículos 1547, 1548, 1933 y 1934 del Código Civil. Dice al respecto el recurrente doctor Gómez:

"Yo, como parte contratante compradora en el contrato que consta en la escritura número mil cuatrocientos, no tengo nada que sufrir o no debo sufrir nada en mi derecho, con causa en la mayor o menor sinceridad de las cláusulas esenciales del contrato por el cual mis antecesores o vendedores adquirieron lo que me vendieron, si en este contrato, por el cual ellos adquirieron, consta expresamente, como consta en la número setecientos veintinueve, que **se pagó el precio** o lo recibió el vendedor en la porción estipulada de dinero. De manera que el Tribunal violó aquellas disposiciones al declarar la nulidad del contrato que consta en la escritura número mil cuatrocientos, a petición de personas que no pueden ser admitidas a probar contra dicho contrato, o que son terceros respecto de mí en los derechos que adquirí por ese contrato.

"Si en la escritura de venta se expresa haberse recibido el precio, aunque después se demuestre que ese precio no había existido, y que, por lo mismo, no había podido pagarse, la nulidad declarada en virtud de esa simulación, que es causa oculta que no aparece en el contrato, no puede perjudicar a terceros."

A esta alegación responde la Corte que las acciones de nulidad establecidas contra los contratos contenidos en las escrituras setecientos veintinueve y mil cuatrocientos, son ambas personales; que el caso presente no es el contemplado en la sentencia de esta Superioridad, que cita el recurrente, porque aquí no se trata de extender los efectos de la nulidad del contrato por el cual el señor Fidel Mendieta les vendió varias fincas a sus hijos, al contrato de venta de esos mismos bienes al doctor Juanuario Gómez, sino de nulidad de esos contratos, por estimar la actora que ambos fueron simulados. Repetidas veces ha dicho la Corte que la declaración de nulidad de un contrato no hiere a terceros que adquirieron de buena fe; pero, como se repite, no se trata en este pleito de reivindicar contra el doctor Gómez los bienes vendidos por don Fidel Mendieta a sus hijos, como consecuencia de la nulidad por simulación de esta venta; se ha pedido la nulidad de ambos contratos por hechos tendientes a demostrar la simulación de cada uno de ellos.

Por tanto, no han sido quebrantados en la sentencia los artículos del Código Civil que los recurrentes citan en esta parte de sus demandas, ni aparece violado por el aspecto dicho el artículo 15 de la Ley 90 de 1890.

Tercer cargo.

Violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, por el concepto del interés para demandar la nulidad, pues en el evento de que la señora viuda de Mendieta tuviera interés jurídico, éste no se extendería, como el mismo

Tribunal lo reconoce, sino a su porción en los bienes sociales, para reclamar su parte en ellos como gananciales, es decir, que dicho interés sólo se vincularía a la mitad de las tres sextas partes materia de la condena pronunciada por el Tribunal. La otra mitad de esas tres sextas partes sería de los herederos, que en este caso es una de las personas demandadas, Clementina Mendieta, que intervino en el contrato de mil novecientos diez y seis, y en cuyo nombre no podría hablar la demandante. Es decir, que en las tres sextas partes a que se contrae la condena, la mitad correspondería al cónyuge y la otra mitad a la heredera demandada; de manera que, en resumen, el interés de la demandante es la cuarta parte de esos bienes.

Considera la Corte que, tratándose de una sociedad ilíquida, todos los bienes están en común, y habiéndose demandado para esa sociedad ilíquida, es decir, para la comunidad, los efectos de la nulidad dicen relación al conjunto de bienes; desde luego que no se puede precisar anticipadamente, ni qué cuota, ni qué clase de bienes correspondería a cada uno de los comuneros después de la liquidación. La acción fue establecida a favor de la sociedad conyugal ilíquida, por pertenecer a la sociedad conyugal los bienes que en concepto de la actora fueron simuladamente vendidos. Y al acervo de esa sociedad, disuelta por la muerte de uno de los cónyuges, deben volver tales bienes, si es que la acción de nulidad, para restablecer las cosas a su estado anterior, que es el efecto de la invalidez de los actos y contratos, llega a prosperar.

Cuarto cargo.

Fue violado, dice uno de los recurrentes, el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, porque no aparece el interés que este artículo requiere para poder alegar la nulidad, ya que la del contrato celebrado por Fidel Mendieta en mil novecientos seis, no produciría por sí sola el efecto de la recuperación de los bienes, una vez que éstos pasaron, por virtud de los contratos de mil novecientos nueve y mil novecientos diez y seis, a un tercero; y la nulidad del contrato celebrado en mil novecientos diez y seis, tampoco puede producir el efecto perseguido, porque se interpone el contrato de mil novecientos seis.

A este argumento responde la Corte, que si la acción de nulidad se hubiera limitado a uno de los contratos, tendría razón el autor del recurso, porque la invalidez de cualquiera de ellos, al dejar vigente el otro, no produciría el efecto de que los bienes que fueron materia de ellos volvieran al patrimonio de la sociedad conyugal ilíquida, que es el fin perseguido por la actora para retirar de ese patrimonio la parte que le corresponde como cónyuge sobreviviente. Precisamente la acción de nulidad establecida contra ambos contratos en un solo juicio, es lo que marca el interés jurídico de la actora, y, por lo mismo, el derecho que ella tiene, según el artículo de la Ley 95 de 1890, que se dice quebrantado en el fallo, para demandar la nulidad.

Quinto cargo.

Violación de los artículos 1754 y 1755 del Código Civil, por cuanto la señora demandante confesó haber recibido mil pesos en cumplimiento de la estipulación contenida en el contrato que consta en la escritura setecientos veintinueve, de veintiséis de octubre de mil novecientos seis, según la cual los compradores se comprometieron con el señor Fidel Mendieta a pagarle a la señora Prieto

de Mendieta cien pesos mensuales durante todo el tiempo de su vida.

En la sentencia, dice el autor del recurso, no se tomó en cuenta aquella declaración hecha por la demandante en su demanda, al resolver sobre su interés y su personería para intentar la acción de nulidad ejercida, con lo cual el Tribunal incurrió en mala apreciación de dicha prueba, por error de hecho y por error de derecho; lo primero, porque prescindió en absoluto de la apreciación de dicha prueba, y lo segundo, porque si la tuvo en cuenta, no le reconoció el valor probatorio pleno que tiene el consentimiento o la ratificación por parte de la demandante del contrato cuya nulidad solicita después.

Considera la Corte que los artículos del Código Civil invocados por el recurrente, hablan de la ratificación de los contratos heridos de nulidad; pero se entiende que aquellas nulidades pueden sanearse por dicho medio. El artículo 1752 dice bien claro que la ratificación necesaria para sanear la nulidad, cuando el vicio del contrato es susceptible de ese remedio, puede ser expresa o tácita; y bien sabido es que la nulidad absoluta, que es la invocada en la demanda, no puede sanearse por la ratificación de las partes. (Véase el final del artículo 15 de la Ley 95 de 1890).

Otra acusación formulada por uno de los recurrentes, en lo tocante a la personería sustantiva de que carece la demandante, en su concepto, para establecer la acción, consiste en que hay contradicción en los términos de la demanda, en cuanto a la calidad en que se presenta al juicio la señora Prieto de Mendieta; pues primero dice que promueve la demanda en su propio nombre, y después manifiesta que las declaraciones que pide y la entrega que reclama, deben hacerse en favor de la sociedad conyugal ilíquida, representada por la demandante.

"De esta doble manera, dice el recurrente, de presentarse la demandante, resulta que no puede determinarse fijamente lo que el sentenciador llama **la personería sustantiva** del demandante, pues no puede saberse en definitiva si la acción se ha ejercitado a nombre propio, como lo dice al principio la demanda, o en representación de la sociedad conyugal ilíquida, como lo dice después. Y téngase en cuenta que los efectos jurídicos de una y otra calidad son perfectamente diversos, porque si la demandante obra a nombre propio, **reclama para sí**, y la sentencia no puede reconocerle un derecho que no le corresponde a ella exclusivamente; y si obra como representante de la sociedad conyugal, **pide para un tercero** (la entidad representada), y la sentencia no podía reconocerle los derechos demandados por falta de representación legítima, pues el cónyuge sobreviviente carece de derecho para promover una acción como la intentada por la señora Prieto de Mendieta."

A esto se responde que aunque es verdad que la señora Prieto de Mendieta expresó en la demanda que se presentaba en su propio nombre, bien claro está en el libelo que las peticiones fueron hechas en favor de la sociedad conyugal ilíquida, cuyos partícipes son: dicha señora en su calidad de cónyuge sobreviviente, y los herederos de su marido el señor General Fidel Mendieta.

El Tribunal lo entendió así, y no se ha alegado, ni podría haberlo, error evidente en la interpretación de la demanda.

Por lo tocante a la personería, como comunera en el acervo de la sociedad conyugal disuelta, ya se ha dicho cómo un copartícipe puede establecer por sí solo acciones que redunden en pro de la comunidad.

Segunda causal.

Alega el recurrente Gómez la segunda causal de casación, por cuanto el sentenciador no falló sobre la excepción de prescripción propuesta oportunamente en la contestación de la demanda, razón por la cual la sentencia es deficiente.

Dijo el Tribunal:

"El excepcionante doctor Gómez no alega ningún hecho en que funde su excepción, y el Tribunal tampoco lo halla en todo el proceso."

Comenta el autor del recurso:

"Existiendo en los autos el título del demandado, que se acusa de nulo o inválido por el demandante, le basta a aquel que opone la excepción de **prescripción**, para que el juzgador tenga que examinar si el tiempo que constituye la prescripción ha transcurrido o no, es decir, si la prescripción es o no legítima, para aceptarla o negarla. Pero decir en semejante caso, como lo hace el Tribunal en el presente, que no halla el **hecho** en que funde el excepcionante la prescripción alegada, es no considerar la excepción o fallar deficientemente, siendo el fallo, en tal caso, atacable por la causal segunda de casación."

Para contestar este reparo, basta observar que el Tribunal, en el ordinal 9º de la sentencia, declaró expresamente no probadas las excepciones de falta de acción y prescripción propuestas por el demandado Gómez, al dar contestación a la demanda.

No existe, pues, la deficiencia en el fallo, la omisión en resolver una cuestión propuesta en la demanda, que es en lo que consiste la segunda causal de casación.

Por la primera causal acusa también el recurrente la sentencia, en cuanto no declaró el sentenciador la prescripción alegada, ya que existe error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas que en autos acreditan la excepción, esto es, las escrituras números setecientos veintinueve y mil cuatrocientos, contentivas de los contratos cuya nulidad se demanda, las cuales expresan la fecha en que tales contratos se celebraron, y por lo mismo el tiempo transcurrido desde entonces al día de la notificación de la demanda.

Si el Tribunal, con respecto a la excepción de prescripción alegada, dice el recurrente, hubiera considerado y apreciado tales documentos, habría visto que la prescripción se habría consumado por el transcurso del tiempo, y de conformidad con los artículos 2518 y 2529 del Código Civil; pero no lo hizo, e incurrió en error de hecho evidente, por mala o ninguna apreciación de las escrituras citadas, y en la violación de los artículos mencionados del Código Civil, por no haberlos aplicado al caso del pleito.

Observa la Corte que se ha alegado la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, la cual requiere, conforme al artículo 2525 del Código Civil, posesión regular no interrumpida durante el tiempo que las leyes exigen, y tal posesión, según el artículo 764 de allí, es la que procede de justo título y buena fe. Ahora bien: estando los títulos en tela de juicio y acusados de invalidez, contra la acusación no puede oponerse el aserto de que el título es justo, y no lo es el que adolece de nulidad, según el artículo 766 del Código Civil, numeral 5º, para fundar la defensa de la prescripción. Habiendo el Tribunal declarado la nulidad de dichos títulos en la parte que favoreció a la demandante, no podía, sin contradecirse, reconocer una prescripción que se basa precisamente en la validez de los títulos.

Son tres los contratos cuya nulidad por simulación se demanda: el contenido en la escritura pública número setecientos veintinueve, de fecha dos de octubre de mil novecientos seis, por el cual Fidel Mendieta M. vendió a sus hijas Emelina o Ismelinda, María Natividad, Edelmira, Evangelina y Clementina, y a su hijo Belisario Mendieta, por la suma de sesenta mil pesos oro, los terrenos de Butulú, Tierras Viejas, San Antonio, Aurora, Gualivá, Alto Gualivá y Buenavista, con todos sus edificios, maquinarias y plantaciones, reservándose el usufructo de dichos terrenos durante su vida; el contenido en la escritura número trescientos sesenta y tres, otorgada en la Notaría del Circuito de La Vega el veintisiete de septiembre de mil novecientos nueve, por la cual el señor Mendieta les vendió a los doctores Januario Gómez y Belisario Mendieta el usufructo que por el contrato anterior se reservó; y el que se hizo constar en la escritura mil cuatrocientos, otorgada en Bogotá el diez y siete de noviembre de mil novecientos diez y seis, en que aparece que las señoritas Emelina o Ismelinda, María Natividad, Evangelina y Clementina Mendieta y el señor Belisario Mendieta vendieron por cuarenta mil pesos oro al doctor Januario Gómez las partes o porciones que las otorgantes tienen en cinco lotes, que forman parte de la antigua hacienda de La Vega, denominados San Antonio de Cuñutá, La Aurora, Gualivá, Alto Gualivá y Buenavista.

El Tribunal llegó a la conclusión de que era simulado el primer contrato, el del señor Fidel Mendieta, celebrado con sus hijos, fundado en las siguientes razones:

"1° Las señoritas Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta han confesado extrajudicialmente, en dos ocasiones diferentes y ante diversos testigos, que los bienes que fueron objeto de la venta que consta en la escritura número setecientos veintinueve, eran de su padre Fidel Mendieta, y que el doctor Januario Gómez, quien los tenía en virtud de una escritura de confianza, no quería hacerles la devolución de ellos.

"2° Que las señoritas Emelina, Evangelina, María Natividad y Clementina Mendieta, y la señora Edelmira Mendieta de Gómez, no tenían bienes de fortuna en el año de mil novecientos seis, que les permitieran pagar al contado y en la forma estipulada en la escritura número setecientos veintinueve el precio de la venta que por aquella misma escritura les hizo el General Fidel Mendieta.

"3° Que las mismas personas nombradas en el punto anterior han afirmado hechos que, según aparece de pruebas en los autos, son inexactos, y que carecen en absoluto de toda veracidad, aunque si bien estos hechos no son parte sustancial en la demanda.

"4° Que las señoritas Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta prestaron su asentimiento en un todo a las manifestaciones que hizo el señor General Fidel Mendieta en su testamento, entre las cuales está la de que en el contrato de veintiséis de octubre no existió realmente el precio estipulado.

"Estos hechos están, como ya se anotó, plenamente comprobados en los autos, son hechos íntimamente relacionados con el hecho afirmado en la demanda, de que no hubo precio real, y que el contrato de veintiséis de octubre es un contrato nulo por esta causa; no dependen uno de otro, y se encaminan todos a demostrar la simulación del contrato demandado; luego forman, a virtud de lo dispuesto por el artículo 591 del Código Judicial, una prueba completa en relación con la simu-

lación del contrato demandado, y que es materia de esa parte del fallo del Tribunal."

Para llegar a la conclusión de que las señoritas Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta confesaron extrajudicialmente en dos ocasiones diferentes, y en presencia de diversos testigos cada vez, que los bienes que fueron objeto del contrato estipulado en la escritura setecientos veintinueve, no salieron nunca del poder del General Mendieta, su padre, porque aquel contrato fue simulado, el Tribunal se basa en las declaraciones de Manuel y Roberto Manrique, y de Eva y Silvia Albornoz, y las analiza en esta forma:

"Dice Manuel Manrique (folio 84 vuelto, cuaderno número 5):

"Es cierto que fui testigo instrumental del testamento que otorgó el General Fidel Mendieta el veintinueve de noviembre de mil novecientos veintiuno ante el Notario 2° de este Circuito, y en tal virtud oí leer, en presencia de varias personas, el referido testamento. Es cierto que inmediatamente que se estaba otorgando el testamento de que habla la pregunta, las señoritas Emelina, Evangelina y Clementina Mendieta, que también estaban presentes en dicho acto, manifestaron en presencia de todos los circunstantes, que era verdad lo que decía su padre, manifestación que hicieron por venias afirmativas de cabeza, por no interrumpir el acto, y pasado éste, me manifestaron de palabra lo mismo, y dijeron que estaban disgustadas con el doctor Januario Gómez porque éste no les había devuelto la escritura de confianza que le habían hecho respecto de unos terrenos en el Municipio de La Vega, que habían sido del General Fidel Mendieta, y que él, a su turno, les había transmitido en escritura de confianza. . . . Las venias fueron en presencia de todos, pero las otras manifestaciones no recuerdo bien en presencia de qué otras personas me las hicieron, y si bien estaba allí un hijo mío."

"Dice Roberto Manrique (folio 39, cuaderno número 5):

"Me consta, porque acompañé a mi padre señor Manuel Manrique, que el testamento que otorgó el señor Fidel Mendieta ante el Notario 2° de este Circuito el veintinueve de noviembre de mil novecientos veintiuno, fue leído varias veces en alta voz el día de su otorgamiento."

"Al ser interrogado sobre la razón para haberse leído varias veces el testamento, contestó:

"Para que lo oyeran bien las señoritas, quienes no hicieron ninguna manifestación, únicamente dijeron que estaban contentas del testamento que hacía su padre, a ver si en esa forma volvían los bienes a su poder. Es cierto que cuando fue leído el testamento, las señoritas Emelina, Evangelina y Clementina Mendieta, quienes estuvieron en el acto del otorgamiento, manifestaron su desagrado por la conducta del señor doctor Januario Gómez, quien se quería apoderar de sus bienes por razón de una escritura de confianza, bienes que son los mismos mencionados en la pregunta. . . . La señorita Clementina dijo que no era justo ni legal que habiendo sido su padre un hombre tan trabajador, y habiendo dejado bienes, por una escritura de favor que había hecho el General Mendieta, el doctor Gómez se quisiera apoderar de ellos. La señorita Evangelina protestaba del procedimiento del doctor Januario Gómez, por estar obrando incorrectamente. La señorita Emelina dijo lo mismo."

"Eva Alborno (folio 82, cuaderno número 5):

"Es cierto que he tenido amistad desde hace más de veinte años con las señoritas Emelina, Evangelina y Clementina Mendieta, y por las relaciones de amistad de que he hablado, y por las manifestaciones que ellas me hicieron, sé que no tenían capital propio, ni más recursos que los que les suministraba su padre Fidel Mendieta. . . . Es cierto que las señoritas Mendieta me manifestaron varias veces que estaban disgustadas con el señor Juanuario Gómez por el temor que abrigaban de que el dicho señor doctor no les devolviera las escrituras de confianza que le habían hecho respecto de unos terrenos que eran del General Fidel Mendieta. . . . Y esas manifestaciones de desagrado me las hicieron en presencia de mi hermana Silvia, y muchas veces, cuando estábamos solas, unas veces en la calle y otras en mi casa."

"Silvia Alborno (folio 82 vuelto, cuaderno número 5):

"Es cierto que las expresadas señoritas—se refiere a las tres señoritas Mendieta ya mencionadas—me dijeron en varias ocasiones, delante de mi hermana Eva, y otras veces en presencia de varias personas que no recuerdo en el momento, que estaban chocadas con el doctor Juanuario Gómez porque no les devolvía las escrituras de confianza que le habían hecho respecto de unos terrenos en La Vega, que habían sido del General Fidel Mendieta, y que éste, a su turno, les había hecho escritura de confianza."

"Se tiene, pues—observa el Tribunal—que de acuerdo con las declaraciones de los señores Manriques, se halla plenamente comprobado este hecho: que las señoritas Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta manifestaron de palabra, delante de los dos testigos citados, que se hallaban disgustadas con el doctor Gómez porque no les devolvía una escritura de confianza que le habían hecho respecto de unos terrenos en el Municipio de La Vega, terrenos que al decir del testigo Manuel Manrique, habían sido del General Fidel Mendieta, y que él, a su turno, les había transmitido a las señoritas Mendieta en escritura de confianza, y al decir del testigo Roberto Manrique, por una escritura de confianza que había hecho el General Mendieta, el doctor Juanuario Gómez se quería apoderar de ellos. Y por las declaraciones de las señoritas Eva y Silvia Alborno, que también forman plena prueba, al tenor del artículo 607 del Código Judicial, se llega a la conclusión que tales testigos acreditan este otro hecho: que las ya citadas señoritas Mendieta manifestaron estar disgustadas con el doctor Juanuario Gómez por el temor que abrigaban de que el dicho doctor no les devolviera las escrituras de confianza que le habían hecho respecto de unos terrenos que eran del General Fidel Mendieta, esto, según la testigo Eva Alborno, y según la testigo Silvia Alborno, aquellos bienes habían sido del General Fidel Mendieta, y que éste, a su turno, les había hecho escritura de confianza."

"Sobre el mismo punto admite también el Tribunal la declaración de Cornelio Vélez.

Los señores recurrentes combaten la apreciación que el Tribunal hizo de estas declaraciones, y sostienen que fueron violados los artículos 555, 561, 539, 606, 607, 608, 609, 610 y 636 del Código Judicial.

Dicen que los testimonios de que "el Tribunal hace depender la prueba de la confesión extrajudicial de las señoritas Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta, no versan sobre hechos sino sobre conceptos, deduc-

ciones o interpretaciones de los declarantes; no están de acuerdo en el hecho y sus circunstancias, ni tampoco en los conceptos de que se componen sus declaraciones, y no son prueba de nada que pueda considerarse como constitutivo de una confesión extrajudicial. De manera que el Tribunal violó, por concepto de la errónea apreciación de estos testimonios, o por efecto del error de derecho en esa apreciación, el artículo 607 del Código Judicial, puesto que les atribuyó a esas declaraciones valor de plena prueba de lo que constituye una confesión extrajudicial, y los artículos 555 del Código Judicial y 561 del mismo, al aceptar como elementos constitutivos de una confesión extrajudicial todo aquello que esos testimonios dicen."

Analizan luego estas declaraciones y exponen: las declaraciones de Manuel Manrique y Roberto Manrique no reúnen las condiciones que requiere la ley para establecer una confesión extrajudicial, ni tampoco las reúne la declaración de Cornelio Vélez, "pues aquéllas son diferentes en su contenido, y lo son también respecto del contenido de ésta."

"Efectivamente: Manuel Manrique dice que oyó leer el testamento en presencia de varias personas, y que las señoritas Emelina, Clementina y Evangelina Mendieta manifestaron que era verdad lo que decía su padre, manifestación que hicieron con venias de cabeza por no interrumpir el acto. Se nota a primera vista que esta declaración no contiene nada que pueda constituir una confesión, porque no acredita las palabras o expresiones de las referidas señoritas, de modo que queda sin saberse si es o no acertado el concepto del declarante, de que con lo que dijeron quisieron o entendieron decir su voluntad de aceptar como cierto, y en perjuicio propio, lo dicho por su padre, aparte de que no se puede saber qué fue lo dicho por éste, lo que se leía u otra cosa que dijera en esos momentos; contiene esta declaración un juicio propio, un concepto o una interpretación del declarante, pero no la revelación de haber escuchado determinadas expresiones con manifestación de tales expresiones, tal como fueron emitidas, a fin de que el juzgador determinara la existencia o no de una confesión en ellas; y dice el declarante que todo ello lo hicieron las confesantes con venias afirmativas de cabeza, lo cual repugna a todo concepto de confesión, según la naturaleza jurídica de ésta, porque ella debe ser expresa e inequívoca. Por otra parte, la interpretación que el declarante les da a los movimientos de cabeza que viera en las confesantes, no es atendible, porque el testimonio no se compone o no versa sobre conceptos del testigo, sino sobre hechos; por testigos hubiera podido acreditarse que las confesantes hicieron determinados movimientos de cabeza, y una vez acreditados esos movimientos, y para saber qué significaban o qué quisieron significar con ello las personas que los ejecutaron, era menester apelar a una prueba pericial.

"El testigo Roberto Manrique no dice lo mismo que el anterior, es decir, tiene conceptos distintos en su testimonio, pues dice que el testamento fue leído varias veces, cosa que no dice el anterior testigo, y dice su concepto de que lo leyó varias veces para que lo oyeran las señoritas, quienes no hicieron ninguna manifestación, cosa que está en desacuerdo con el otro testigo, que dice que hicieron manifestaciones por venias afirmativas de cabeza; afirma el testigo que las señoritas únicamente dijeron que estaban contentas con el testamento que hacía su padre, a ver si en esa forma volvían sus bienes a su poder, lo que quiere decir que las señoritas si habla-

ron, pero el otro testigo afirma que no hablaron, sino que se manifestaron por venias afirmativas de cabeza. Lástima que el testimonio que se analiza, que es el de Roberto Manrique, no contenga las palabras que las señoritas dijeron, para ver si hubo o no confesión; pero como no las contiene, no es testimonio sobre los hechos que deben ser materia de un testimonio encaminado a probar una confesión extrajudicial.

"El testigo Cornelio Vélez tampoco está de acuerdo con los dos anteriores, porque dice que él leyó la póliza del testamento, significando que la leyó una vez, en tanto que Roberto Manrique dice que se leyó varias veces; Vélez dice que se leyó la póliza, en tanto que los testigos Manrique dicen que se leyó el testamento; dice que aprobaron la póliza que él redactó, pero no afirma que aprobaran el testamento, y afirma que las señoritas Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta, tan pronto como él terminó la lectura de la póliza, 'le manifestaron estar de acuerdo la póliza con la verdad,' pero lo que dice Roberto Manrique que ellas dijeron, fue en presencia de todos y no de persona determinada, y lo que dice Manuel Manrique es que ellas manifestaron, lo que interpreta él claramente, por medio de venias de cabeza y en presencia de todos. El testigo Vélez tampoco expresa en su declaración las palabras proferidas por las confesantes, de manera que su testimonio tampoco es idóneo para comprobar una confesión extrajudicial."

Considera la Corte que el General Mendieta expresó en su testamento que había sido ficticio o simulado el contrato de compraventa celebrado entre él y sus hijos, el cual consta en la escritura número setecientos veintinueve, de seis de octubre de mil novecientos seis, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá.

Entre los indicios aducidos por el Tribunal para establecer la simulación, está el asentimiento que a tal declaración dieron los compradores el día en que se otorgó el testamento, según los testimonios de Manuel Manrique, Roberto Manrique y Cornelio Vélez, que estuvieron presentes en dicho acto.

Ya se ha visto cómo los recurrentes atacan esos testimonios por negarles el valor probatorio que el sentenciador les dio; pero una lectura atenta de la exposición de los testigos convence de que no puede haber error evidente de hecho en la apreciación que de ellos se hace en la sentencia. En efecto: Manuel Manrique, testigo instrumental del testamento, dice:

"Es cierto que fui testigo instrumental del testamento que otorgó el General Fidel Mendieta el veintinueve de noviembre de mil novecientos veintiuno ante el Notario 2º de este Circulo, y en tal virtud oí leer en presencia de varias personas el referido testamento. Es cierto que inmediatamente que se estaba otorgando el testamento de que habla la pregunta, las señoritas Emelina, Evangelina y Clementina Mendieta, que también estaban presentes en dicho acto, manifestaron en presencia de todos los circunstantes que era verdad lo que decía su padre, manifestación que hicieron por venias afirmativas de cabeza, por no interrumpir el acto, y pasado éste me manifestaron de palabra lo mismo, y dijeron que estaban disgustadas con don Juanuario Gómez porque éste no les había devuelto la escritura de confianza que le habían hecho respecto de unos terrenos en el Municipio de La Vega, que habían sido del General Fidel Mendieta, y que él, a su turno, les había transmitido en escritura de confianza. Presente el señor Juanuario Gómez, y con permiso del señor Magistrado, contrainterrogó al testigo así:

"Preguntado:

"Esas manifestaciones que le hicieron a usted las señoritas Mendieta, fue a usted solo o en presencia de otras personas?"

"Contestó:

"Las venias fueron en presencia de todos, pero las otras no recuerdo bien en presencia de qué otras personas me las hicieron, si bien estaba allí un hijo mío."

El testigo citado por Manuel Manrique, que es su hijo Roberto Manrique, corrobora lo que declaró su padre respecto de las declaraciones que oyó proferir a las señoritas Mendieta. Dice el testigo: "es cierto que cuando fue leído el testamento, las señoritas Emelina, Clementina y Evangelina Mendieta, quienes estuvieron en el acto del otorgamiento, manifestaron su desagrado por la conducta del doctor Juanuario Gómez, quien se quería apoderar de sus bienes por razón de una escritura de confianza, bienes que son los mismos mencionados en las preguntas." Luego, al ser repreguntado, dijo:

"La señorita Clementina dijo:

"Que no era justo ni legal que habiendo sido su padre un hombre tan trabajador, y habiendo dejado bienes, por una escritura de confianza que había hecho el General Mendieta, el doctor Juanuario Gómez se quisiera apoderar de ellos."

"La señorita Evangelina protestaba del procedimiento del doctor Juanuario Gómez, por estar obrando incorrectamente. La señorita Emelina dijo lo mismo."

Como se ve, los testigos están de acuerdo en lo esencial, en el asentimiento que por medio de palabras las señoritas Mendieta dieron al testamento del General Mendieta, en que declara ser simulado el contrato de compraventa que celebró con ellas.

Ahora, si Roberto no observó las venias o signos de cabeza de que habla Manuel, como señal de asentimiento, eso no contradice la declaración de éste, ni tiene importancia lo que a tales venias se refiere, desde luego que en las expresiones están acordes los testigos.

La declaración de Cornelio Vélez, redactor de la póliza del testamento, que, según él, fue aceptada por las señoritas Mendieta, en cuya presencia se leyó al testador, corrobora la declaración de los testigos Manriques.

Por lo que atañe a las declaraciones de Eva y Silvia Albornoz, dice uno de los recurrentes:

"La declaración de Eva Albornoz se refiere a desagrados de las señoritas Mendieta con el doctor Juanuario Gómez respecto de unos terrenos, pero de tal testimonio nada resulta que pueda afectar la validez de las escrituras setecientos veintinueve y mil cuatrocientos, de que se ha hecho mérito. Las mismas razones indicativas de errores de hecho y de derecho en la sentencia acusada, apuntadas con respecto a la declaración anterior, concurren en el presente caso. Otro tanto cabe decir acerca de la declaración de Silvia Albornoz. Se violó, pues, nuevamente, el antedicho artículo 1759 del Código Civil, en el mismo concepto."

Considérase:

El Tribunal, aparte de las declaraciones anteriores, estimó las de las señoritas Albornoz, para deducir que las demandadas habían confesado extrajudicialmente que era de confianza el contrato de compraventa celebrado con su padre.

La señorita Eva Albornoz declara que delante de su hermana Silvia, las señoritas Mendieta manifestaron

en varias ocasiones que estaban disgustadas con el doctor Januario Gómez por el temor que abrigaban de que dicho señor no les devolviera las escrituras de confianza que le habían hecho, de unos terrenos que eran del General Fidel Mendieta.

Interrogada Silvia, corrobora la declaración de su hermana, en el sentido de que las señoritas Mendieta confesaron delante de ellas que los bienes que le habían vendido al doctor Januario Gómez eran de su padre el General Fidel Mendieta. De manera que estas declaraciones sirven para robustecer el indicio de la confesión extrajudicial que halló el sentenciador en los testimonios de los Manriques y de Cornelio Vélez.

Otro de los indicios que tuvo en cuenta el sentenciador, fue la escasez de recursos de las señoritas Mendieta, la incapacidad pecuniaria en que se hallaban para desembolsar la suma de sesenta mil pesos en oro, valor de las tierras que, según la escritura setecientos veintinueve, le compraron a su padre.

Se basa el Tribunal en las declaraciones de Virginia M. de Mora y Betsabé F. de Torres, de cuyo contexto dice la sentencia, se deduce claramente "que las testigos están de acuerdo en los siguientes hechos positivos:

"Que las declarantes conocieron desde su niñez a los demandados Mendieta; que conocieron también a la madre de cinco de ellos, señora Tránsito C. de Barrera, y que por ese conocimiento y las relaciones que tuvieron con ella, les consta que fue mujer pobre, que vivió a expensas de Fidel Mendieta; que las demandadas Mendieta no heredaron nada por parte de su madre Tránsito de Barrera; que hasta el año de mil novecientos quince, y consiguientemente el año de mil novecientos seis, año en que tuvo lugar el contrato que se estudia, las demandadas vivían a expensas y en la casa de Fidel Mendieta y de su esposa Margarita Prieto de Mendieta; que a excepción de Belisario Mendieta, no tuvieron nunca negocio alguno de donde pudieran derivar ningún rendimiento. Esto les consta plenamente a los testigos, y de ello deriyan, y también la Sala falladora, que las Mendieta, en el momento de celebrar el contrato que consta en la escritura número setecientos veintinueve, no tenían bienes de fortuna que les permitieran pagar de contado a Fidel Mendieta el precio de la venta estipulado para cada una de ellas."

En corroboración de estas declaraciones, cita el Tribunal las de Angel María Bonilla, Roberto Manrique, Aura Manrique, Eva Albornoz, Manuel Manrique, Ana Castillo, testigos éstos que afirman igualmente que por las relaciones de amistad que tuvieron con la familia Mendieta, les consta que ninguno de los demandados tenía bienes de fortuna, y que siempre vivieron a expensas y en la casa de Fidel Mendieta.

Combaten los recurrentes esta apreciación del Tribunal en los términos siguientes:

"Nueva violación de los artículos 587, 590, 607, 610 y 636 del Código Judicial.

"El segundo de los indicios en que se apoya el Tribunal para creer y declarar simulado el contrato de mil novecientos seis, es la carencia de bienes de fortuna de las Mendieta en la época en que aparecen haciendo la compra.

"Por un lado el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar la prueba de testigos aducida para demostrar la pobreza, porque las declaraciones de aquéllos no llenan las exigencias establecidas por los artículos 607, 610 y 636 del Código Judicial. Además de referirse los testi-

gos a un hecho negativo, no precisan el tiempo, modo y lugar."

A este respecto dice uno de los recurrentes:

"Las testigos Virginia M. de Mora y Betsabé F. de Torres dicen que no les conocieron capital a las señoritas Mendieta, lo que no es suficiente para demostrar la imposibilidad de éstas para comprar, en unión de otras personas, los terrenos que les vendió el General Mendieta. Además, estas dos declarantes no están acordes en un punto que tiene significación: la primera dice que Emelina y Evangelina tuvieron un negocio de panadería y un colegio de niñas; y la segunda dice que nunca les vio negocio alguno.

"Es claro que éstos, que el Tribunal toma como indicios que acaban en su concepto por formar prueba completa, no pueden demostrar la verdad del hecho controvertido.

"El Tribunal incurrió en error de hecho al asegurar que las 'señoritas Mendieta no tuvieron nunca negocio alguno' (son sus palabras), fundándose en el testimonio de Virginia M. de Mora, quien declaró que las mismas señoritas 'tuvieron negocio de panadería y un colegio de niñas.'

"Todas las declaraciones que quedan citadas fueron igualmente mal apreciadas en el fallo recurrido, por error de derecho del Tribunal sentenciador, pues les aplicó indebidamente el artículo 590 del Código Judicial para convertirlas en plena prueba, sin que tales testimonios alcanzaran a tener el valor de una prueba de indicios vehementes, enlazados entre sí y suficientes en conjunto para demostrar el hecho que se ventila.

"Esos errores de hecho y de derecho dieron lugar a que el Tribunal fallara la nulidad de los contratos números setecientos veintinueve y supradichos, con lo cual violó notoriamente el artículo 1759 del Código Civil, como lo dejo expuesto."

Y luego agrega otro recurrente:

"Pero tales testimonios no están de acuerdo unos con otros, o no versan sobre los mismos hechos, si hechos pueden llamarse los juicios o los conceptos que propiamente los integran, de manera que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciarlos, y por efecto de esa apreciación violó el artículo 607 del Código Judicial. En estos testimonios no hay nada, y muchísimo menos unos hechos de donde pueda deducirse que las señoritas Mendieta no tuvieron ni pudieron tener el dinero, precio de aquella compraventa, sino que versan sobre apreciaciones de los testigos, en el sentido de que dichas señoritas estaban pobres.

"Pero aun aceptando la pobreza relativa de las compradoras, esa circunstancia no constituye un verdadero indicio, ni mucho menos vehemente, para que tenga la fuerza probatoria que le da el Tribunal."

Se considera:

Como se ha visto al transcribir la apreciación que el Tribunal hizo de las declaraciones de Virginia M. de Mora y Betsabé F. de Torres, estas señoras aseveran, la primera, que unos tres o cuatro años antes de la muerte del General Fidel Mendieta, la que ocurrió en mil novecientos veintiuno, y la otra, que hasta mil novecientos quince, vivieron María Natividad, Emelina y Evangelina Mendieta en casa de su padre, después de haber sido llevadas a ella desde la niñez por la señora Margarita Prieto de Mendieta, esposa del General, quien,

con su marido, cuidó de ellas, proporcionándoles alimentación y educación. Ambas testigos están de acuerdo en que las Mendieta no han tenido capital, ni negocio alguno del cual derivaran alguna ganancia. La señora Virginia M. de Mora agrega, que si bien Emelina, Evangelina y María Natividad tuvieron negocio de panadería y un colegio de niñas, ambos negocios dieron pérdida, que soportó don Fidel.

Además, el Tribunal cita sobre el mismo punto las declaraciones de Angel María Bonilla, Roberto, Aura y Manuel Manrique, Eva Albornoz y Ana Castillo, que refuerzan las anteriores.

Ante este cúmulo de declaraciones, tendientes a demostrar la escasez de los recursos de las tres señoritas Mendieta a que ellas se refieren, no puede la Corte, fundándose en un error de hecho evidente, llegar a la conclusión de que disponían de los treinta mil pesos en oro legal que, según la escritura de compraventa, hubieron de desembolsar para el pago de las fincas que aparecen comprando a su padre.

Otro de los indicios que estimó el Tribunal para sustentar el fallo con respecto a la simulación del contrato contenido en la escritura setecientos veintinueve, es el de que las señoritas Emelina, Evangelina, María Natividad y Clementina Mendieta, y la señora Edelmira Mendieta de Gómez, han afirmado hechos que, según aparece de pruebas en los autos, son inexactos y que carecen de toda verdad, aunque si bien estos hechos no son parte sustancial en la demanda.

Los recurrentes alegan que en la apreciación de este indicio el Tribunal violó el artículo 454 del Código Judicial, por haberlo aplicado indebidamente, pues no hay perjurio, y si lo hubiera, no sería, como lo dice el mismo Tribunal, sobre puntos sustanciales en la demanda, que es lo que acarrea la sanción del artículo citado.

Se considera:

El Tribunal no ha aplicado el artículo que se dice quebrantado por él para fallar el pleito en perjuicio de las demandadas. El indicio consiste en que es dudosa la veracidad de las personas a que se refiere la sentencia, desde luego que al ser interrogadas en posiciones, negaron rotundamente hechos que aparecen comprobados plenamente en los autos.

Respecto de la señora Clementina Mendieta, que fue una de las compradoras de las fincas vendidas por la escritura setecientos veintinueve, de mil novecientos seis, por el General Fidel Mendieta, hubo confesión explícita de que el contrato fue simulado, y en relación con dicha señora dijo el Tribunal:

"Esto quiere decir que por lo que hace a la sexta parte de los bienes vendidos por la escritura número setecientos veintinueve, existe comprobada la nulidad alegada, prueba que se halla constituida por la más excelente de las pruebas, cual es la confesión; mas como ella no perjudica sino a la parte que la hace, en nada afecta el contrato acusado en relación con los demás compradores."

Uno de los recurrentes expresa que fue apreciada indebidamente la confesión de la señora Clementina Mendieta, porque en último análisis la hace recaer contra el doctor Juanuario Gómez, tercer poseedor de los bienes materia del contrato de mil novecientos seis, a los cuales se refiere doña Clementina al dar respuesta a las posiciones. Esa mala apreciación de la referida prueba que sirvió para condenar a Gómez, obedece a un error de hecho y de derecho:

"Consiste el primero en que el Tribunal olvidó en el momento de estimar la confesión de Clementina Mendieta, relativa a la venta hecha por Fidel Mendieta a sus hijos en mil novecientos seis, que existía la enajenación a favor de Gómez, por la misma confesante, en mil novecientos diez y seis."

Refiriéndose luego al error de derecho en que incurrió el sentenciador, dice el mismo recurrente:

"El error de derecho consiste, en realidad, en darle mérito probatorio a la confesión de una persona (Clementina Mendieta), en contra de otra (Juanuario Gómez), mediando, además, la circunstancia agravante de que esa confesión, dada por un vendedor después de la venta, circunstancia que inutiliza completamente la tal confesión, toda vez que la confesante nada perdía en semejantes condiciones. Al estudiar más adelante una pretendida confesión extrajudicial atribuida a Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta, tendré ocasión de extenderme algo más sobre el mérito de la confesión de los vendedores."

Estima que fueron violados, en razón de los errores apuntados, los artículos 1769 del Código Civil, 555, 556, 557 del Código Judicial.

A este cargo responde la Corte que el Tribunal estimó tal confesión para declarar la nulidad del contrato contenido en la escritura setecientos veintinueve del año de mil novecientos seis, en la parte referente a Clementina Mendieta, declaración que sólo a esta señora afecta. La confesión de que se habla no se ha aducido contra el doctor Juanuario Gómez, quien compró a esta señora, a Emelina y a otras, los mismos bienes en mil novecientos diez y seis.

La nulidad por simulación del primer contrato en nada puede afectar al segundo, porque es bien sabido que la nulidad de un contrato por simulación, sólo produce nulidad entre los que en él intervinieron, sin que se extiendan sus efectos a terceros.

Bien pudo ser simulado, y por tanto nulo, el contrato de mil novecientos seis, y válido el de mil novecientos diez y seis, si en éste, a su turno, no existieran causales de nulidad entre quienes lo celebraron.

Con esta aclaración queda también contestado el reparo que el recurrente, doctor Luis Felipe Latorre, hace en el capítulo VIII de su alegato a las confesiones extrajudiciales de Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta, pues ellas fueron apreciadas por el Tribunal como indicio para probar la simulación del contrato de mil novecientos seis, en el cual no fue parte el doctor Juanuario Gómez.

Aparte de los indicios que sirvieron al sentenciador para fundar su fallo en el punto que se estudia, agrega que llevan a la misma conclusión de que fue ficticio el contrato de mil novecientos seis, estas conjeturas:

"Que Fidel Mendieta dice verdad cuando afirma que en el contrato de veintiséis de octubre no hubo precio real y efectivo, y que él obedeció únicamente al hecho de que los bienes no salieran de la familia, quedando repartidos por iguales partes entre todos sus hijos; porque el contrato simulado, y en la forma como fue estipulado, era el único medio para lograr aquellos fines, dado que cinco de los demandados eran hijos de distinto lecho, y estaban, por lo mismo, excluidos en el patrimonio de su padre.

"Que cuando tuvo lugar el contrato de veintiséis de octubre, acusado, Fidel Mendieta tenía algunas deudas, entre otras, la del señor Leovigildo Rodríguez, y por ese

medio se evadía de verificar tales pagos, o que se procediera contra él ejecutivamente.

"Que no obstante haber declarado que recibía como precio de la venta la suma de sesenta mil pesos oro al contado, se ignora en qué fue invertido aquel capital y la forma en que dispuso de él, toda vez que al testar no dejó a su legítima y única heredera un solo centavo en efectivo.

"Que al hacer las declaraciones que consignó en su testamento, obró con sinceridad, por tratarse de aseveraciones hechas en el lecho de muerte."

De estas conjeturas sólo combate la parte recurrente la que se refiere al concepto de que el señor Fidel Mendieta dijo verdad cuando declaró en su testamento que era ficticio el contrato de compraventa que él celebró con sus hijos, dada la circunstancia en que tal declaración fue hecha.

Expresa uno de los recurrentes que a pesar de que el Tribunal había dicho que no tienen valor alguno contra los contratantes compradores las declaraciones testamentarias hechas por el vendedor señor Mendieta, porque la confesión no perjudica sino a quien la hace, a las pocas vueltas hace valer contra los referidos compradores esas declaraciones, violando así las disposiciones referentes a los efectos de la confesión, por error de derecho al apreciar la prueba.

A esto se observa que el Tribunal no aduce contra los compradores la confesión del vendedor para resolver el punto, sino que situándose en el campo de las conjeturas, halla como elemento de convicción moral el que el testador no fue inverídico al hacer la manifestación de simulación del contrato, porque era un medio de hacer la distribución de sus bienes entre sus hijos ilegítimos, que por serlo, no podían heredarlo, porque tenía interés en que sus bienes pasaran a otras manos por el temor que abrigaba de que fueran embargados por sus acreedores, y porque no aparece que el precio de sesenta mil pesos, cantidad no despreciable, no entró al patrimonio del vendedor, desde luego que al morir no dejó en efectivo ni un solo centavo.

Otro de los indicios que apunta el Tribunal, es el de que las señoritas Mendieta (Clementina, Emelina y Evangelina) prestaron su asentimiento en todo a las manifestaciones que hizo el General Fidel Mendieta, entre las cuales está la de que el contrato de veintiséis de octubre tuvo un precio estipulado pero irreal.

Uno de los recurrentes dice que este supuesto indicio se refiere al primero, es decir, que los dos no forman sino un solo indicio, que los argumentos de este hecho dependen de un solo argumento: la pretendida confesión extrajudicial de las Mendieta, sus gestos, signos de afirmación y declaraciones ante testigos; de manera que no constituyendo esto sino un solo hecho en el fondo, un solo indicio, al estimar el Tribunal que ahí concurrían varios indicios, desconoció lo estatuido por el artículo 592 del Código Judicial, violándolo en consecuencia.

Considera la Corte que el Tribunal halla fundada la confesión extrajudicial que constituye el primer indicio, por medio de declaraciones hechas de palabra por las señoritas Mendieta a los testigos Manuel y Roberto Manrique, Eva y Silvia Albornoz, y aunque es cierto que Manuel Manrique habla de que cuando se estaba leyendo el testamento, las señoritas Mendieta, por venías afirmativas de cabeza manifestaron que era verdad cuanto decía su padre en tal instrumento, no debe olvidarse que el testigo declara que pasada la lectura del testamento le manifestaron lo mismo de palabra. De

modo que bien pueden separarse dos hechos que independientemente pueden existir: el uno la manifestación verbal en determinadas circunstancias, el otro el silencio ante la lectura del documento que perjudica al oyente.

Nullidad del contrato de diez y siete de noviembre de mil novecientos diez y seis, otorgado ante el Notario 3.º de Bogotá, bajo escritura pública número 1400.

El Tribunal llegó a la conclusión de que fue simulado este contrato, por el cual las señoritas Emelina, Evangelina, Clementina y demás Mendieta vendieron al doctor Januario Gómez las porciones de terreno que dijeron tener en los cinco lotes de la antigua hacienda de La Vega, denominados San Antonio de Cufutá, Gualivá, Alto Gualivá, La Aurora y Buenavista, porciones que habían adquirido de su padre, General Fidel Mendieta, conforme al contrato de compraventa que se deja analizado.

Para llegar a la conclusión de que este contrato fue simulado, el Tribunal se funda en los siguientes indicios:

"Dice el doctor Alberto Portocarrero (folio 39 vuelto, cuaderno número 2), con el hecho que se atribuye confesado al demandado Januario Gómez:

"Como el General Mendieta no le pagara al doctor Torres ni el capital ni los intereses, como apoderado del acreedor, hube de entablar ejecución contra el General Mendieta y contra la finca y contra el señor Jenaro Mendieta, quien también se obligó, y cuando se iniciaron estas diligencias, el General Mendieta me pidió un plazo, diciéndome que su yerno, el doctor Januario Gómez, le estaba haciendo la diligencia para conseguir el dinero. Pocos días después hablé del asunto con el doctor Gómez, y él me manifestó que no había podido conseguir el dinero para el General Mendieta, pero que él lo conseguiría sobre su casa con un banco de esta ciudad, siempre que el General Mendieta se lo garantizara ampliamente. Días después me manifestó el General Mendieta que andaba haciendo diligencias por otro lado, porque su yerno, el doctor Gómez, le exigía, para garantizarle el dinero, que él y sus hijos le hicieran la escritura, por valor recibido, de todos los inmuebles. Luego, como le avisara al General que siempre adelantaría el juicio, vino éste a mi casa de habitación a manifestarme que siempre había resuelto hacerle la escritura a Januario. Sin poder precisar cuánto tiempo después el doctor Gómez pagó la obligación del doctor Julio Z. Torres, y con él me entendí para las diligencias de embargo, etc., etc. El mismo me refirió que le había hecho la escritura para garantizarle el crédito, cosa que me ratificó el General Mendieta. En la primera entrevista, el doctor Gómez me manifestó que estaba resuelto a devolverle las escrituras, siempre y cuando que se le pagara lo que se le debía, y hasta me enseñó cuentas, para demostrarme que los producidos del café no alcanzaban a pagarle ni remotamente los intereses."

De esta declaración se deduce que el doctor Januario Gómez confesó delante del testigo Portocarrero la simulación del contrato contenido en la escritura número mil cuatrocientos, pero esta declaración, según le afirma el mismo testigo, sólo fue hecha en presencia suya, y, de consiguiente, el valor probatorio de tal testimonio está determinado en el artículo 606 del Código Judicial.

Pero existen también en autos las declaraciones de Patricio Guáqueta, Francisco Vásquez G. y Constantino Ponce.

Dice Patricio Guáqueta en su declaración rendida en la segunda instancia (folio 80, cuaderno número 5):

"Contesté entonces así, porque no recordaba bien, pero ahora sí recuerdo bien que el doctor Januario Gómez, el día en que regresábamos de la hacienda de San Antonio, me manifestó a mí y a los señores Francisco Vásquez y Constantino Ponce, que los Mendieta, entre los cuales mencionó a don Belisario, le debían una cantidad de dinero como de catorce mil pesos, y que mientras no le devolvieran esa suma no devolvería a la familia Mendieta las escrituras de los terrenos ya mencionados."

Francisco Vásquez dice en la declaración que rindió ante el Juez de primera instancia (folio 52, cuaderno número 2):

"Es verdad que cuando veníamos de la hacienda para esta ciudad en compañía de Patricio Guáqueta y Constantino Ponce, el doctor Gómez nos dijo que le debían sobre las tierras de que se ha hablado (sic), una suma de catorce mil a diez y ocho mil pesos, y que mientras no le devolvieran esa suma con sus intereses, no devolvería a la familia Mendieta las escrituras de los terrenos."

Constantino Ponce afirma (folio 3 vuelto, cuaderno número 6):

"Es verdad y me consta, por habérselo oído decir al señor doctor Januario Gómez, aproximadamente en el año de mil novecientos veintiuno, cuando regresaba de los terrenos de Cuñutá, situados en el Municipio de La Vega, en compañía de los señores Patricio Guáqueta y Francisco Vásquez, que dicho señor manifestó en presencia de las personas que acabo de mencionar, que los señores Mendieta le debían, sobre las tierras de San Antonio de Cuñutá, una cantidad de dinero, como de catorce a diez y ocho mil pesos, y que mientras no le devolvieran esa suma con sus intereses, no devolvería a la familia Mendieta las escrituras de los terrenos mencionados."

De estas tres declaraciones, contestes en un todo y uniformes en cuanto al tiempo, modo y lugar, si se desprende claramente, y son plena prueba, a virtud de lo dispuesto por el artículo 607 del Código Judicial, el hecho de que el doctor Januario Gómez confesó ante los tres declarantes, que el contrato estipulado en la escritura número mil cuatrocientos, de diez y siete de noviembre de mil novecientos diez y seis, no fue un contrato de venta perfecto, sino que él obedeció al respaldo de una deuda, sin que por su parte se hubiera pagado el precio estipulado, pues de otra manera no tiene explicación el hecho de que el doctor Gómez se creyera obligado, como lo manifestó ante los testigos, a devolver la escritura una vez que se le pagara determinada suma por parte de los Mendieta.

Luego en relación con este contrato, la confesión extrajudicial hecha por el comprador acerca de la simulación demandada, existe.

Como ya se dijo en otra parte de este fallo, también está plenamente demostrado, con los testimonios de Alberto Portocarrero, Francisco Vásquez, Custodio Rodríguez y Patricio Guáqueta, que Fidel Mendieta conservó y explotó libremente, después de celebrado el contrato en que disponía del usufructo que se había reservado en la venta de veintisiete de septiembre a favor de Januario

Gómez y Belisario Mendieta, y aun después de que los Mendieta vendieron todos sus derechos a Gómez, la parte alta o montañosa de la finca llamada San Antonio de Cuñutá, conocida con el nombre de Buenavista o La Argentina, conservación y administración que se hacían por Mendieta con el asentimiento del mismo Gómez, y toda vez que al decir de Francisco Vásquez y Patricio Guáqueta, aquél accedió a que el General Mendieta recibiera los arrendamientos del contrato que los mismos Guáqueta y Vásquez proyectaban sobre arrendamiento de la parte montañosa de Buenavista.

Este hecho constituye, sin duda, un indicio grave, que tiende a demostrar que el contrato que se estudia no fue real y verdadero.

Es también indicio grave de la simulación del contrato que se estudia en esta parte del fallo del Tribunal, la confesión indirecta que respecto de ella hace el mismo doctor Januario Gómez en las preguntas con que contrainterroga al testigo Patricio Guáqueta (folio 80, cuaderno número 5); dice allí el doctor Gómez al contrainterrogar:

"Cuando yo a usted le hice la manifestación de que mientras no se me pagaran esos catorce mil pesos no devolvería la finca a la familia Mendieta, ¿sabe usted a qué familia Mendieta me referí?"

"¿A qué familia del General Mendieta me referí yo que devolvería la finca, a la señorita Clementina Mendieta con su madre señora Clementina Prieto de Mendieta, o a la otra familia, compuesta por el señor Belisario Mendieta, Emelina, María Natividad y Evangelina Mendieta?"

"Estas manifestaciones que a usted le hice, ¿delante de quién se las hice, y cuándo?"

Como se ve, de estas preguntas se desprende con entera precisión que el doctor Gómez acepta, en forma categórica, la confesión que hizo al testigo Guáqueta de que debía devolverle la escritura a la familia Mendieta. En cuanto a cuáles de los Mendieta debía devolverles la escritura, es de lógica deducción que era a aquellos que se la habían otorgado.

Otro indicio que como el anterior concurre a demostrar la simulación alegada, es el hecho comprobado en autos, por la declaración de los testigos Roberto Manrique (folio 38, cuaderno número 5), y Aura Manrique (folio 66, cuaderno número 5), de que el señor Pantaleón Vargas, compañero de la oficina del doctor Ramón Vanegas Mora, apoderado en este juicio del doctor Gómez, fue en alguna ocasión a casa de los testigos mencionados a manifestarles que no declararan en este asunto, ante cuya propuesta contestaron que todos declararían cuanto les constara.

Estos indicios vehementes y diversos, estrechamente enlazados entre sí, concurren todos a demostrar, sin dejar duda ninguna, que el contrato celebrado entre los hijos del General Fidel Mendieta y el doctor Januario Gómez, que consta en la escritura número 1400, y que es materia de esta litis, fue simulado y ficticio, y forman plena prueba respecto de la simulación de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 590 del Código Judicial.

Por lo que atañe a Clementina Mendieta, apreció también la confesión de esta señora de acuerdo con el artículo 606 del Código Judicial, como una grave presunción.

Ataca el recurrente esta última apreciación del Tribunal, porque siendo Clementina Mendieta una de las

vendedoras, su confesión no puede aducirse contra el comprador, pues la confesión tiene necesariamente que perjudicar al que la hace, y en el caso presente se encamina a favorecer a la confesante, quien tiene interés en que la simulación sea declarada.

A esto observa la Corte que, en verdad, la confesión de dicha señora no tiene fuerza como tal contra Gómez, lo que el Tribunal reconoce; pues no le da valor como confesión sino como indicio, y puede convenirse en que tal indicio sirve para favorecer la causa de Clementina, quien tiene interés manifiesto en que se declare la simulación.

Pero en el supuesto de que la confesión de Clementina carezca de toda fuerza legal en lo que al contrato de 1916 se refiere, y que el Tribunal hubiera incurrido en error al apreciarla, no sería ese error suficiente para casar la sentencia, desde luego que ésta tiene dos fundamentos: el que el Tribunal llamó prueba directa, y el de la prueba indicial.

Dice el Tribunal refiriéndose a los apartes en que estimó la confesión de Clementina Mendieta:

"Esto se desprende de las pruebas directas alegadas para comprobar la simulación del contrato que se estudia; mas como también se ha alegado una serie de indicios en contra de tal contrato, es el caso de proceder a un estudio detenido de la prueba por tal sentido."

Combaten los recurrentes estos indicios y dicen en resumen:

"Estas pruebas han sido mal apreciadas por errores de hecho y de derecho que indujeron al Tribunal a violar los artículos 1759 y 1934 del Código Civil, como pasamos a explicarlo:

"De la declaración del doctor Portocarrero resultaría lo siguiente: que el General Mendieta estaba en dificultades para pagar una deuda al doctor Julio Z. Torres; que no habiendo podido arreglar esa deuda por la cual estaba ya ejecutado, le manifestó el deudor al declarante que siempre había resuelto hacerle la escritura a don Juanuario; que éste pagó la obligación del doctor Julio Z. Torres; que el mismo don Juanuario le dijo al declarante que le habían hecho la escritura para garantizarle el crédito, y que estaba dispuesto a devolver la escritura cuando se le pagara lo que se le debía.

"¿Cuál de estas dos explicaciones del doctor Portocarrero acredita la simulación de la escritura 1400? Ninguna.

"Lo que dejamos expuesto sobre la declaración del doctor Portocarrero lo hacemos extensivo a los testimonios de los señores Guáqueta, Vásquez y Ponce, que no demuestran, como lo pretende el Tribunal, que en la venta formalizada por la escritura 1400 no se pagó precio y que tal contrato no fue perfecto.

"Se aplicaron, pues, indebidamente en la sentencia los artículos 606 y 607 del Código Judicial, lo que constituye un error inicial de derecho en la apreciación de las pruebas señaladas; se extendieron en el mismo fallo aquellos testimonios al hecho del pago del precio y al perfeccionamiento del contrato de la escritura 1400, cuando de un modo evidente en los autos aparece que tales testimonios no se refieren al pago del precio ni al caso de si se perfeccionó o no se perfeccionó el contrato, lo que implica un error de hecho; y se incurrió finalmente en el error de derecho consistente en considerar que la imaginaria confesión extrajudicial del doctor Gómez podía perjudicar a la señorita Evangelina Mendieta y demás otorgantes vendedoras.

"Esos errores indujeron al Tribunal a la violación de los precitados artículos 1759 y 1934 del Código Civil que le dan a la escritura número 1400 y a su contenido una fuerza jurídica que el fallo materia de este recurso ha eliminado con presunciones o indicios inconducentes."

Crítica también uno de los recurrentes la apreciación que el Tribunal le dio a la declaración del doctor Portocarrero, en los siguientes términos:

"El doctor Portocarrero dijo en la primera instancia que Gómez le había exigido a don Fidel Mendieta como garantía del dinero que debía pagar a Torres, que él y sus hijos le hicieran a Gómez escritura de todos los inmuebles, por valor recibido, y que así lo hicieron. Olvidó que el General Fidel Mendieta no figuró en el contrato contenido en la escritura 1400. Olvidó también que don Fidel no podía garantizar nada a Gómez con el usufructo de las fincas, porque ese usufructo era de Belisario Mendieta y de Gómez desde el año de 1909, época en que lo vendió don Fidel por escritura número 363. Tales aseveraciones aparecen contradichas por la evidencia de los dos hechos anotados, que se acreditan con los instrumentos públicos referidos. Además, la deuda se constituyó en 1911 y el doctor asegura en su declaración que la escritura de usufructo que hizo don Fidel se otorgó para garantizar esa deuda. Pero si la enajenación del usufructo se efectuó en 1909, ¿cómo podía ser para garantizarle a Gómez el pago de una deuda no contraída sino dos años después? Y a Belisario Mendieta, adquirente también del usufructo, ¿qué le garantizaba? En segunda instancia el mismo testigo quiso rectificar lo dicho en la primera y aclaró que la escritura de garantía de usufructo se constituyó poco antes de pagar Gómez a Torres. Y ese poco antes fue nada menos que seis años antes."

Se considera:

Lo esencial del testimonio del doctor Portocarrero es la repetida afirmación de que tanto el General Mendieta como el doctor Juanuario Gómez le expresaron que la escritura de venta de los inmuebles situados en el Municipio de La Vega que contiene el contrato de 1916, fue otorgada para garantizarle a Gómez el pago de una suma de dinero hecho por éste al doctor Julio Z. Torres para libentar esos inmuebles que estaban hipotecados. Dice el doctor Portocarrero, apoderado del acreedor doctor Torres:

"Como el General Mendieta no le pagaba al doctor Torres ni el capital ni los intereses, como apoderado del acreedor hube de intentar ejecución contra el General Mendieta y contra la finca y contra el señor Jenaro Mendieta, quien también se obligó, y cuando se iniciaron estas diligencias el General Mendieta me pidió un plazo diciéndome que su yerno el doctor Juanuario Gómez le estaba haciendo la diligencia para conseguir el dinero. Pocos días después hablé del asunto con el doctor Gómez y él me manifestó que no había podido conseguir el dinero para el General Mendieta, pero que él lo conseguiría sobre su casa en un banco de esta ciudad, siempre que el General Mendieta se lo garantizara ampliamente. Días después me manifestó el General Mendieta que andaba haciendo diligencias por otro lado, porque su yerno el doctor Gómez le exigía para garantizarle el dinero, que él y sus hijos le hicieran la escritura por valor recibido de todos los inmuebles. Luego, como le avisara al General que adelantaría el juicio, vino éste a mi casa de ha-

bitación a manifestarme que siempre había resuelto hacerle la escritura a Januarió. Sin poder precisar cuánto tiempo después el doctor Gómez pagó la obligación del doctor Julio Z. Torres, y con él me entendí para las diligencias de desembargo, etc., etc. El mismo me refirió que le había hecho la escritura para garantizarle el crédito, cosa que me ratificó el General Mendieta. No conozco tal escritura, pero supongo que sea la que mencionan en la pregunta, y en todo caso la referencia del doctor Gómez era que el General Mendieta le había hecho la escritura del usufructo y los hijos la de la nuda propiedad. Repreguntado por el mismo: De manera que según lo expresado en su exposición, para asegurarme el dinero que pagué por el General Mendieta obtuve escritura de venta del usufructo del General Mendieta, ¿en qué año fue esa escritura? Contestó: Reafirmo que el mismo doctor Gómez, aquí presente, me manifestó que pagaba la deuda del doctor Torres porque le habían asegurado o le aseguraban con la escritura de venta de los inmuebles. Como no intervine en estos contratos, no me constan las fechas. Repreguntado por el doctor Gómez: ¿Delante de quién manifesté lo que usted acaba de exponer? Contestó: Probablemente sin testigos. Repreguntado por el mismo: Habiendo yo pagado al doctor Torres una suma de dinero, ¿pagué yo esa suma tanto para que me hicieran la venta, tanto el General Mendieta del usufructo como la nuda propiedad los hijos, o esa cantidad fue consecuencia de la misma venta? Contestó: Como yo no intervine en la operación, ignoro el contenido de la pregunta, y lo único que puedo repetir es que el doctor Gómez me dijo que él pagaba la suma porque se le garantizaba con los lotes de terreno que se han mencionado, en forma de venta de los mismos.”

Si hay alguna imprecisión respecto de la venta del usufructo hecha por el General Mendieta a su yerno Januarió Gómez, la cual obedeció, según otros testimonios, así como la venta de la propiedad hecha a sus hijos en 1906, a temores de un posible juicio que pudiera comprometer dichas fincas, el hecho capital, o sea la manifestación hecha por Gómez de que la venta no fue efectiva, sino una garantía de las sumas erogadas por él para el pago de la hipoteca del doctor Torres, fue con insistencia aseverado por el testigo, como se ha visto.

La declaración del doctor Portocarrero está corroborada por la del doctor Julio Z. Torres, quien expone categóricamente en su declaración, contestando a las repreguntas del doctor Januarió Gómez:

“Es verdad que el General Mendieta se encontró en dificultades para devolverme el dinero de que he hablado, por lo cual Mendieta se valió del doctor Januarió Gómez para que le diera prestada la cantidad de dinero necesaria para pagarme. Esto me consta porque así lo declararon el General Mendieta y el doctor Januarió Gómez. Repreguntado por el doctor Gómez: ¿Delante de quién le dije yo eso que usted acaba de decir? Contestó: No recuerdo, porque hace mucho tiempo, pero lo cierto es que me lo dijo varias veces. Repreguntado: ¿Es verdad que yo me entendí con usted y le pagué cuando ya era dueño de los terrenos? Contestó: Recuerdo que en esa ocasión o poco después el doctor Gómez me manifestó que para asegurarme el dinero había obtenido de la familia o del General Mendieta una escritura de confianza. No recuerdo que la escritura ya se hubiera hecho, pero es cierto que el repreguntante me dijo varias veces que se le había hecho una escritura de

confianza, en virtud de la cual, una vez que la finca produjera para pagarse ese dinero, volvería el repreguntante la escritura, es decir, cancelaría la escritura de confianza. Tan convencido quedé en virtud de las conversaciones que tuve con el doctor Gómez, de que las fincas volverían al poder de sus primitivos dueños algún tiempo después, que ha sido para mí la mayor sorpresa y pena, como se lo acabo de manifestar, el saber que la familia Mendieta ha sido despojada de los bienes que le pertenecen.”

Ahora bien: esta prueba está corroborada con los testimonios de Francisco Vásquez, Constantino Ponce y Patricio Guáqueta, quienes de modo conteste declaran que viniendo en compañía de Gómez de la hacienda de Cuñutá, hacia la capital, éste les manifestó que los señores Mendieta le debían sobre las tierras de San Antonio de Cuñutá una cantidad de dinero como de catorce a diez y ocho mil pesos, y que mientras no le devolvieran esa suma con sus intereses, no devolvería las escrituras de los terrenos mencionados.

En presencia de estos testimonios, la Corte no puede estimar que hubiera habido error de hecho evidente y las violaciones respectivas de la ley que los recurrentes alegan contra la confesión extrajudicial de Gómez, apreciada por el Tribunal sobre la prueba que se deja examinada.

Otro de los indicios que trae el Tribunal es lo que llama la confesión indirecta de Gómez al contrainterrogar al testigo Guáqueta. Dice así el Tribunal:

“Es también indicio grave de la simulación del contrato que se estudia en esta parte del fallo del Tribunal, la confesión indirecta que respecto de ella hace el mismo doctor Januarió Gómez en las preguntas con que contrainterroga al testigo Patricio Guáqueta (folio 80, cuaderno número 5). Dice allí el doctor Gómez: ‘Cuando yo a usted le hice la manifestación de que mientras no se pagaran esos catorce mil pesos no devolvería la finca a la familia Mendieta, ¿sabe usted a qué familia Mendieta me referí?’ ‘¿A qué familia del General Mendieta me referí yo que devolvería la finca, a la señorita Clementina Mendieta, con su madre Margarita Prieto de Mendieta, o a la otra familia Mendieta, compuesta por el señor Belisario Mendieta, Emelina, María Natividad y Evangelina Mendieta?’ ‘¿Estas manifestaciones que a usted le hice, delante de quién se las hice y cuándo?’”

“Como se ve—dice el Tribunal—de estas preguntas se desprende con entera claridad y precisión que el doctor Gómez acepta, en forma categórica, la confesión que hizo ante el testigo Guáqueta de que debía devolverle la escritura a la familia Mendieta. En cuanto a que a cuáles Mendieta debía devolverles la escritura, es de lógica deducción que era a aquellos quienes se la habían otorgado.”

El recurrente combate con razón este indicio porque del interrogatorio de Gómez no se desprende que aceptara el hecho que pregunta, y porque se refiere al hecho anterior de la confesión extrajudicial de Gómez; pero el error en que incurrió el Tribunal no es suficiente para casar la sentencia, si por otra parte subsisten los demás elementos de prueba.

Estima el Tribunal que es indicio grave de la simulación del contrato el haber conservado don Fidel Mendieta el goce de las fincas de cuyo dominio y usufructo se había desprendido. Se lee en la sentencia:

"Como ya se dijo en otra parte de este fallo, también está plenamente demostrado con los testimonios de Alberto Portocarrero, Francisco Vásquez, Custodio Rodríguez y Patricio Guáqueta, que Fidel Mendieta conservó y explotó libremente, aun después de celebrado el contrato en que disponía del usufructo que se había reservado en la venta de veintisiete de septiembre a favor de Juanuario Gómez y Belisario Mendieta, y aun después de que los Mendieta vendieron todos sus derechos a Gómez, la parte alta o montañosa de la finca llamada San Antonio de Cuñutá, conocida con el nombre de Buenavista o la Argentina, conservación y administración que se hacía por Mendieta con el asentimiento del mismo Gómez, toda vez que al decir de Francisco Vásquez y Patricio Guáqueta, aquél accedió a que el General Mendieta recibiera los arrendamientos del contrato que los mismos Guáqueta y Vásquez proyectaban sobre arrendamiento de la parte montañosa de Buenavista.

"Este hecho constituye, sin duda, un indicio grave que tiende a demostrar que el contrato que se estudia no fue real y verdadero."

El recurrente combate la apreciación del Tribunal por errónea, y en su concepto incurrió el sentenciador en la violación de los artículos 607, 609 y 636 del Código Judicial.

Dice que incurrió en error evidente de hecho al estimar que las declaraciones sobre el goce de la cosa pueden inducir a creer en la simulación, toda vez que antes de que Fidel Mendieta enajenara el usufructo en 1909, tenía derecho a gozar de la cosa, y los testigos no declaran de modo categórico que después de adquirir Gómez todos los derechos de Mendieta, éste continuara en el goce de la misma. Además, dice el autor del recurso que los testimonios no reúnen las condiciones que exigen las disposiciones de la ley que se dejan citadas.

Para desechar este cargo y convencerse de que no hay error evidente en la apreciación del Tribunal, basta examinar la prueba en que se funda el sentenciador, cuyo resumen, verificado por la Corte en el expediente, hace el apoderado de la parte demandante, así:

"En efecto, el testigo Francisco Vásquez declara que el General Mendieta le ofreció en arrendamiento para tomar él en asocio de Patricio Guáqueta, la montaña en la parte de La Argentina, hasta un punto llamado San Martín, y más adelante veremos, citando palabras del mismo demandado doctor Gómez, que este lote llamado de La Argentina, es el mismo que figura con el nombre de Buenavista, entre los varios lotes que componen la hacienda de Cuñutá y a los cuales se refiere esta demanda. En otro lugar declara el testigo que el General Mendieta extraía madera de La Argentina" (cuaderno 2, folio 52).

Concuerda con lo dicho por Francisco Vásquez la declaración de Patricio Guáqueta rendida en la primera instancia, pues allí dice que el General Mendieta le ofreció en arrendamiento parte de la montaña de la finca de Cuñutá, en el sitio llamado La Argentina. Más adelante agrega el testigo refiriéndose a él mismo y al testigo Francisco Vásquez, en cuyo asocio quería tomar la montaña:

"Estando en la oficina del doctor Eugenio García le dijimos al General Mendieta que no hallábamos medio de efectuar el negocio, porque él decía que las fincas eran de su propiedad, y el doctor Gómez de la de él. Entonces llegó el doctor Gómez y manifestó que él no tenía inconveniente en que los arrendamientos le fueran

entregados al General Mendieta, y que firmaría también el contrato." (Cuaderno 2, folio 50).

Se ve, pues, aquí, que a pesar de la escritura que había sido otorgada al doctor Gómez, seguía sin embargo el General Mendieta interviniendo en la administración de una parte de la hacienda de San Antonio de Cuñutá, llamada Buenavista o La Argentina, como así aparece también en el testamento; y se ve asimismo que tal intervención se hacía con el asentimiento de Gómez, puesto que éste accedió a que el General Mendieta recibiera los arrendamientos del contrato que estuvo en vía de celebrarse con Francisco Vásquez y Patricio Guáqueta.

El doctor Alberto Portocarrero, en la relación que hace ya transcrita en otro lugar, sobre los hechos y circunstancias que le persuadieron plenamente de la simulación de los contratos a que este juicio se refiere, habla de paso de que el General Mendieta había quedado en posesión del lote de La Argentina y de alguno otro. Más adelante, refiriéndose el testigo al mismo lote de La Argentina, al cual llama también Buenavista, dice que este lote y lo de tierra fría, lo manejaba también el General Mendieta como cosa propia hasta poco tiempo antes de su muerte (cuaderno 2, folio 39 vuelto).

En la declaración rendida en la segunda instancia vuelve a decir el doctor Portocarrero que el General Mendieta manejaba el lote de La Argentina, que era otro de los lotes vendidos (cuaderno 5, folio 78).

Por último, el mismo doctor Juanuario Gómez, en las posiciones que absolvió en la segunda instancia de este juicio, confesó que la parte denominada La Argentina, antiguo lote de Buenavista, la tuvo el General Mendieta hasta su muerte (cuaderno 5, folio 32).

"Otro indicio grave, dice el Tribunal, que como el anterior, concurre a demostrar la simulación alegada, es el hecho comprobado en autos, por la declaración de los testigos Roberto Manrique (folio 38, cuaderno 5), y Aura Manrique (folio 66, cuaderno 5), de que el señor Pantaleón Vargas, compañero de la oficina del doctor Ramón Vanegas Mora, apoderado en este juicio del doctor Juanuario Gómez, fue en alguna ocasión a casa de los testigos mencionados a suplicarles que no declararan en este asunto, ante cuya propuesta los testigos contestaron que todos declararían lo que les constara."

Estiman los recurrentes que el Tribunal en la apreciación de este indicio incurrió en error evidente de hecho, al dar como probado plenamente lo que los testigos afirman y al hacerles decir cosas que no dijeron o que sólo uno de ellos dijo, y al tomar el hecho declarado como indicio vehemente, ya que ni siquiera es indicio. Alegan que en virtud de este error el Tribunal ha violado los artículos 607, 609, 636, 587, 590 y 594 del Código Judicial.

Considera la Corte que conforme al artículo 607 del Código Judicial, un testigo no puede formar por sí solo plena prueba, pero sí gran presunción cuando es hábil.

Ahora bien, si se tratara de un solo testigo, tendría razón el recurrente en sus reparos; pero sobre el hecho de la insinuación de Vargas, compañero de la oficina del doctor Ramón Vanegas Mora, apoderado del doctor Juanuario Gómez en este juicio, para que no rindieran declaración, hay dos testigos contestes, pues ambos están de acuerdo en el hecho capital, y si faltaren algunos requisitos para que fuese perfecta la prueba testimonial, conforme a la ley, el Tribunal habría incurrido en error de derecho, y por este aspecto no ha sido acusada la apreciación de esta prueba.

En el fondo no puede negarse que tanto Roberto como Aura Manrique declaran de modo concorde sobre el mismo hecho.

Ahora, en cuanto a la relación que tenga el indicio con el hecho principal que se trata de probar, es obvio que eso pertenece al juicio del sentenciador, que la Corte no puede cambiar por el suyo.

Alegan los recurrentes que el Tribunal dejó de apreciar muchas pruebas que tienden a demostrar la realidad de los contratos.

"De ellas aparece, dicen, con respecto al contrato de 1906, que el vendedor dijo haber recibido la parte estipulada en dinero, de manos de los compradores; que como parte del precio de las cosas vendidas, los compradores se obligaron a cancelar dos hipotecas: una de \$ 2,000 a favor del Banco Central, y otra para pagar con cargas de café el completo de las quinientas vendidas al señor Pedro A. López, en años anteriores, hipoteca que se otorgó por \$ 5,000; que como parte del precio se estipuló una renta vitalicia a favor de la señora Margarita Prieto de Mendieta, para el caso de que sobreviviera a don Fidel; que esa renta era de \$ 100 mensuales; que las hipotecas fueron canceladas por Belisario Mendieta, uno de los compradores, quien pagó en nombre de sus hermanos y en el suyo propio; que la señora Margarita Prieto de Mendieta, una vez muerto don Fidel, recibió durante diez meses consecutivos las pensiones estipuladas en su favor en la escritura 729 de 1906.

"Respecto del contrato de 1916, de la escritura misma en que se hizo constar, aparece la venta por 40,000 pesos, que los otorgantes declaran recibidos en esta forma: \$ 5,000 que cada una de las cuatro otorgantes vendedoras recibe por su sexta parte de la nuda propiedad, y \$ 10,000 que Belisario Mendieta ha recibido además por su mitad en el usufructo; \$ 10,000 que los otorgantes dejan en poder del comprador para que pague un crédito de \$ 6,000 que se debía por Belisario y Fidel Mendieta a Julio Z. Torres; y \$ 4,000 que Belisario Mendieta debe al mismo comprador, suma que había sido invertida en la finca.

"De la carta reconocida de 6 de mayo de 1920 resulta que los vendedores recibieron el precio, y de la escritura 466 de 1917, aparece que Gómez canceló el crédito a Torres.

"Si todo esto es así, como innegablemente lo es, si de modo absoluto, es indiscutible, evidente, que por lo menos en la compraventa de 1906 se pagó la parte de precio representada por los créditos que pagó Belisario Mendieta, y en la de 1916 se pagó la parte de precio representada por la suma que pagó Gómez, y por el crédito de éste en contra de Belisario, eso demuestra que de todos modos hubo un precio efectivo, y por pequeño que resultara siempre fue efectivo; y que habiendo siquiera un centavo de precio real y verdadero, la idea de simulación se excluye por completo. Si no se paga el resto, habría acción resolutoria o de cumplimiento, o si el precio fue exiguo podría haber la lesión enorme, pero basta, repito, que aparezca, como aparece aquí, un precio real y hasta pagado, para que la simulación se descarte.

"En la apreciación de esas pruebas el Tribunal incurrió en error evidente al desconocer la existencia de un precio, la existencia de la causa de los contratos; ese desconocimiento lo indujo a anular contratos válidos, violando así las disposiciones citadas."

Estiman que por la falta de apreciación de estas pruebas el Tribunal violó los artículos 1524, 1602, 1740, 1759 y 1934 del Código Civil.

Observa la Corte que el sentenciador, en presencia del cúmulo de probanzas que fueron allegadas al proceso para demostrar la simulación de los contratos, comparándolas y analizándolas, estimó de más fuerza las encaminadas a demostrar la simulación, sin que de esa apreciación de conjunto pueda llegarse a la conclusión de la existencia de error de hecho evidente, que pueda llevar a una conclusión del pleito contraria a la del fallo."

La circunstancia de que en los contratos cuya simulación halló probada el Tribunal, hubiera habido destino de algunas sumas para cancelación de hipotecas o para servir una renta vitalicia, no demuestra que los contratos hubieran sido reales y efectivos, pues aparece comprobado que fue ficticia la declaración hecha en las escrituras de que los respectivos vendedores recibieran el precio de la venta.

De las pruebas que aducen los recurrentes, lo que más puede deducirse es que fueron cubiertas algunas sumas para libentar las fincas de algunas hipotecas que las gravaban y la obligación en que se hallan las partes favorecidas de pagar las cuotas proporcionales a los derechos que por la sentencia se les reconocen.

Agrega uno de los recurrentes que en la hipótesis de que ninguno de los contratos hubiera contenido ventas reales, la simulación sería simplemente relativa, y ésta no induce nulidad.

En este supuesto, el Tribunal, dice el recurrente, al declarar la nulidad de los contratos, ha violado los artículos 1524 y 1602 del Código Civil.

Sigue exponiendo el recurrente que con relación al contrato de 1906 el mismo Tribunal reconoce lo siguiente:

"Que Fidel Mendieta dice verdad cuando afirma que en el contrato de veintiséis de octubre no hubo precio efectivo, y que él obedeció únicamente al hecho de que los bienes no salieran de la familia, quedando repartidos por iguales partes entre todos sus hijos; porque el contrato simulado y en la forma como fue estipulado, era el único medio para lograr aquellos fines, dado que cinco de los demandados eran hijos de distinto lecho, y estaban por lo tanto excluidos en el patrimonio de su padre.

"Es decir, que entre Fidel Mendieta y sus hijos sí hubo el propósito real y efectivo de la transferencia por una parte y la adquisición por otra de los bienes materia del contrato, para que éstos quedaran dentro de la familia, o mejor dicho, en el patrimonio de todos los hijos de don Fidel. Si a lo anterior se agrega el propósito de que los adquirentes pagaran, como pagaron, las deudas que gravaban esos bienes, resulta de manifiesto la efectividad de la causa real, aunque no hubiera propiamente compraventa.

"Y como según el artículo 1524 del Código Civil, ni siquiera hay necesidad de expresar la causa y ésta puede llegar a ser la simple liberalidad, el Tribunal incurrió en error evidente de hecho al desconocer la causa real del contrato y violó consecuentemente los preceptos citados.

"Otro tanto cabe decir del contrato de 1916:

"En el supuesto de que Gómez estuviera obligado a restituir los bienes cuando se le reembolsara lo que había pagado a Torres. (tesis sostenida por la parte demandante), como es indudable que Gómez sí hizo tal pago

y no le han devuelto lo que pagó, no hay motivo para anular el contrato, pues aunque no fuera de venta definitiva, lo sería con la condición de que se verificara el reembolso. En el fondo, habría una venta con pacto de retroventa, para que Gómez hiciera el pago de parte del precio cancelando el crédito de Torres, pero conservando el dominio del inmueble para asegurarse. Y como todo eso constituye *causa real*, positiva del contrato, que podría quizá dejar de ser compraventa, pero no calificarse de absolutamente simulado para poder ser declarada su nulidad."

Considérase:

Sin entrar a resolver el punto suscitado por el recurrente sobre si puede reconocerse o no, en nuestro derecho y de acuerdo con la jurisprudencia, la simulación relativa de los contratos, basta observar que el autor del recurso cita para demostrar la existencia de una partición de bienes en el contrato de 1906, una conjetura del Tribunal, respecto de los móviles que tuviera el General Mendieta para otorgarle a sus hijos escritura de compraventa de los bienes a que tal contrato se refiere; pero el mismo Tribunal, a renglón seguido, conjetura también que tal venta pudo ser motivada por el deseo de ponerse el vendedor a cubierto de los acreedores.

Dice así el sentenciador:

"Que cuando tuvo lugar el contrato de veintiséis de octubre acusado, Fidel Mendieta tenía algunas deudas, entre otras la del señor Leovigildo Rodríguez, y por ese medio se evadía de verificar tales pagos o que se procediera contra él ejecutivamente."

No es el caso, pues, de que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho evidente por haber desconocido pruebas que acreditaran la existencia del otro contrato, como supone el autor del recurso.

Cuanto al contrato de 1916, el recurrente no acusa la sentencia por el error de hecho en que hubiera podido incurrir el Tribunal al desconocer la existencia de un contrato distinto del de compraventa que reza la escritura.

Sobre la base de que la nulidad no está demostrada, estima la parte recurrente que la acción reivindicatoria carece de fundamento y no puede prosperar, y por lo mismo es de concepto que el Tribunal violó los artículos 946 y 950 del Código Civil.

Pero como la sentencia no se infirma en lo tocante a la declaración de nulidad, sus consecuencias quedan en firme.

Se ataca también la sentencia por error evidente al declarar la nulidad del contrato contenido en la escritura 1400 de 1916, en cuanto a la venta de tres sextas partes de siete lotes y al ordenar la restitución de las mismas tres sextas partes en siete lotes.

Dice el autor del recurso:

"En los números 4º y 6º de la parte resolutive de la sentencia, el Tribunal declaró la nulidad de la venta consignada en la escritura 1400 de 1916, en cuanto por él aparecen vendiendo Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta a Juanario Gómez, tres sextas partes de todos los siete lotes que habían sido materia de la venta de don Fidel en 1906, y condenó a Gómez a restituir las tres sextas partes de los expresados siete lotes.

"Aquí incurrió el Tribunal en indebida apreciación de la escritura contentiva del contrato en referencia, por el

error de hecho evidente que consistió en creer que la venta hecha por los hijos de Fidel Mendieta a Juanario Gómez era de todos los siete lotes que le habían comprado a don Fidel.

"Eso no es así; los lotes vendidos por los Mendiets a Gómez son únicamente cinco: San Antonio de Cuñutá, Gualivá, Alto Gualivá, La Aurora y Buenavista. No se comprendieron Butulú y Tierrasviejas. Luego en el remotísimo evento de que la nulidad prosperara por las tres sextas partes, no podría declararse esa nulidad ni ordenarse esa restitución (como ilegalmente se declararon y ordenaron), sino por las tres sextas partes de los primeros cinco lotes nombrados, pero no de Butulú y Tierrasviejas."

Considera la Corte que el error de hecho salta a la vista, pues basta leer la escritura de venta hecha al doctor Gómez para ver que el objeto de la venta se contra-jo a los lotes de terreno que el recurrente menciona y que no figuran los de Butulú y Tierrasviejas.

Debe, pues, en ese punto casarse la sentencia para hacer la restricción del caso.

Frutos.

Alega el recurrente error manifiesto de hecho en materia de frutos, y violación de los artículos 769 y 964 del Código Civil.

Dice el autor del recurso:

"Con respecto de la restitución de frutos el Tribunal sostiene que de la naturaleza de las pruebas que han servido para declarar la nulidad de los contratos, aparece que Juanario Gómez es poseedor de mala fe y lo condena a restituir frutos desde el 17 de noviembre de 1916.

"Incurrió así el Tribunal en mala apreciación de las pruebas en general (que la sentencia no determina al considerar la cuestión referente a los frutos), y especialmente de los instrumentos contentivos de los contratos. Es evidente el error al sostener el hecho de la mala fe de Gómez, porque aun suponiendo que fuera simulada la compra hecha a los Mendiets, de ahí no se deduce que mi poderdante supiera que adolecía de nulidad la enajenación de don Fidel a sus hijos. No dice el Tribunal de dónde saca tal consecuencia. No relaciona la plena prueba que haya destruido la presunción legal de buena fe consagrada por el artículo 769 del Código Civil, violando arbitrariamente esa presunción y aplicando de modo indebido el artículo 964, referente al poseedor de mala fe.

"Por otro lado, al condenar el Tribunal a Gómez a que pague los frutos desde el 17 de noviembre de 1916, dejó de apreciar una plena prueba incontestable, la escritura de adquisición del usufructo distinguida con el número 363 de 27 de septiembre de 1909, otorgada en la Notaría de La Vega, contentiva de un contrato que la sentencia dejó en pie, y en virtud del cual Juanario Gómez es dueño del usufructo de todas las fincas, de modo que, aun suponiendo que los contratos de 1906 y 1916 se declararan nulos, mi poderdante tendría derecho indisputable a los frutos hasta el 18 de diciembre de 1921, fecha de la muerte de don Fidel; pues en el evento de que la nuda propiedad no perteneciera a los compradores, el usufructo de todas maneras sería de Gómez hasta cuando por el fallecimiento del nudo propietario, aquel derecho se consolidara con el dominio."

Cuanto a la primera acusación, observa la Corte que quedando subsistente la declaración de nulidad por simulación de los contratos sobre las fincas cuyos frutos ha estado percibiendo el doctor Gómez, no puede variar-se el concepto del Tribunal respecto a la posesión de mala fe.

Por lo que toca a la segunda acusación, es evidente que no habiendo declarado el sentenciador nulo el contrato por el cual el General Mendieta vendió al doctor Januario Gómez y al doctor Belisario Mendieta, por escritura pública número 363 de 27 de septiembre de 1909, el usufructo de las fincas que son materia de este pleito, ha habido error de hecho evidente en tal apreciación y violación del artículo 964 del Código Civil, al condenar a Gómez a la restitución de los frutos anteriores a la muerte del vendedor don Fidel Mendieta, acaecida el 18 de diciembre de 1921, día en que el usufructo se consolidó con la propiedad, de tal modo que habrá de casarse la sentencia en el sentido de fijar esa fecha como punto de partida para la restitución de frutos en lugar del 17 de noviembre de 1916, que es la señalada en la sentencia para el efecto.

Hasta aquí la Corte ha considerado las acusaciones de los cuatro recurrentes en aquello que tienen de común para evitar repeticiones inútiles y que alargarían considerablemente el fallo; pero como algunos de ellos agregan, además, otros motivos de casación, se entra a resolverlos.

El apoderado de la señorita Emelina Mendieta dice que para el caso de que la Corte estime que el Tribunal no ha resuelto sobre la excepción de prescripción perentoria alegada, pues así parece, en subsidio de la primera, y con fundamento en esa omisión alega la causal segunda. No hace el recurrente una acusación categórica sobre el particular. Así parece, dice en su acusación, de modo que a la Corte no le corresponde resolver la duda.

Alega el personero de la señorita Evangelina Mendieta la segunda causal de casación por no estar la sentencia en consonancia con la parte petitoria de la demanda, dado que tal fallo resuelve sobre puntos que no han sido objeto de la controversia, y condena a más de lo pedido.

En el numeral décimo, dice el autor del recurso, se ordena la cancelación de las escrituras números 729 y 1400 y de los registros respectivos en lo correspondiente a las ventas que hizo Fidel Mendieta a Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta, y estas últimas a Januario Gómez, y entre las peticiones del libelo no hay ninguna que corresponda a esta parte del fallo. Hay pues incongruencia manifiesta de la demanda y la sentencia, la que por tanto violó en ese sentido el artículo 835 del Código Judicial. En consecuencia, pide que se haga la restitución del caso.

Observa la Corte que habiéndose declarado la nulidad en parte de los contratos contenidos en las escrituras ya mencionadas, en esa parte quedan sin valor legal tales instrumentos, y su cancelación se impone como consecuencia necesaria de ese hecho, de manera que aunque no se haya demandado la orden de cancelación de las escrituras y de sus registros, que como se ha dicho carecen de eficacia por virtud de la declaración de nulidad de los contratos contenidos en ellas, la sentencia que tal cancelación ordena no agrega nada de sustancia en el pleito. Llena una formalidad que se desprende de los efectos del fallo, y hace una declaración que va envuelta en la de nulidad.

Recurso de casación de la parte demandante.

El Tribunal hizo las declaraciones de nulidad y sus consecuencias, restringiéndolas a la venta hecha por el señor Fidel Mendieta a sus hijas Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta y a la que éstas le hicieron al doctor Januario Gómez, y ordenando solamente la restitución de las tres sextas partes de las fincas que fueron objeto de tales contratos.

El personero de la señora Margarita Prieto de Mendieta interpuso recurso de casación en cuanto el Tribunal negó las declaraciones de nulidad con respecto a las señoritas Edelmira y María Natividad Mendieta y a los herederos del señor Belisario Mendieta, quienes fueron absueltos en la parte referente a la mitad de las fincas objeto de los contratos tachados de invalidez por simulación.

Acusa el recurrente la sentencia por error de derecho que procede de no haberle dado el Tribunal el valor probatorio que la ley le asigna a la prueba de indicios que acreditan la simulación de la venta contenida en la escritura número 729, respecto de todas las personas que constituyen la parte demandada.

Habla luego el recurrente de esos indicios y conjeturas que al Tribunal le sirvieron para declarar la simulación parcial de esa venta, y concluye exponiendo que el error de derecho apuntado fue causa de que la sentencia quebrantara disposiciones legales sustantivas como las siguientes:

"Los artículos 1502 y 1524 del Código Civil, según el cual, entre las condiciones indispensables para la eficacia de una obligación se hallan el consentimiento y la causa real y lícita. En la sentencia que acuso se le atribuye validez al contrato de venta celebrado entre el General Fidel Mendieta y sus hijos, en lo que respecta a tres de éstos, a pesar de que ni aquél tuvo verdadera voluntad de vender, ni éstos de comprar las propiedades inmuebles sobre las cuales recayó tal aparente contrato, y a pesar de que éste no tuvo una causa real, pues fue una venta en que no hubo precio, ni siquiera intención de pagarlo. Por igual concepto infringió la sentencia los artículos 1849 y 1857 del precitado Código, porque dio por válida, respecto de Belisario, Edelmira y María Natividad Mendieta, una compraventa en la cual no hubo realmente por parte del vendedor la obligación de entregar la cosa vendida, ni hubo realmente en los compradores la obligación de pagar su pretio, ni existió consentimiento real, sino fingido o 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. Se violaron además los artículos 1740 del mismo Código Civil, y 15 de la Ley 95 de 1890. La primera de estas reglas prescribe que es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La segunda de las mencionadas reglas impone al Juez la obligación de declarar la nulidad absoluta cuando ésta existe, y da el derecho de alegarla a toda persona que tenga interés en ello, excepto la que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato nulo, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba."

A esto se observa que el Tribunal halló que no todos los indicios que le sirvieron para declarar la nulidad respecto de tres de los demandados comprendían a los otros.

Dice el Tribunal:

"Pero cabe advertir que si bien es cierto que los indicios 2º y 3º se refieren también a la señora Edelmira Mendieta de Gómez y a la señorita María Natividad Mendieta, ellos por sí solos no alcanzan a formar la prueba completa anotada, y en el mismo caso está la parte adquirida por Belisario Mendieta, hoy de sus descendientes, pues contra él no existe ninguno de los indicios anotados."

Entre los indicios está la confesión extrajudicial que sólo se refiere a las señoritas Emelina, Clementina y Evangelina Mendieta.

Ahora bien, como el Tribunal llegó a la conclusión de que eran parcialmente simulados los contratos materia del pleito, en virtud de un haz de indicios y conjeturas, cuya fuerza probatoria depende del enlace que tienen unos con otros, es claro que faltando uno de los elementos de juicio en relación con algunos de los demandados, no podía el Tribunal formar la convicción que tuvo respecto de los otros.

De otro lado, en lo que concierne a la fuerza probatoria de los indicios y a la mayor o menor relación que tengan con los hechos que se trata de demostrar, el criterio del Tribunal es soberano, y la Corte no puede sustituir su juicio por el del sentenciador, sino en los casos especialmente previstos en una jurisprudencia que sobra repetir aquí.

Negada por el Tribunal la simulación del contrato contenido en la escritura 729 de 26 de octubre de 1906, respecto de tres de los otorgantes, estimó que la demandante carecía de interés para alegar la simulación del contrato de venta posteriormente celebrado con el doctor Juanuario Gómez bajo la escritura 1400 de 17 de noviembre de 1916.

Dijo así el Tribunal:

"Pero acontece que considerado como está en este fallo que no prospera la primera acción instaurada, o sea la nulidad del contrato de veintiséis de octubre, sino en cuanto dice referencia a las tres sextas partes de los terrenos que fueron materia de aquel contrato, o sean las compradas por Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta, es claro que el interés de la demandante en la nulidad del contrato que se estudia, se ha reducido únicamente a dichas tres sextas partes, pues estas solas porciones serán las que podrán entrar al patrimonio de la sociedad ilíquida, único título alegado por la actora de donde deriva su derecho para establecer esta demanda."

El recurrente sostiene que la sentencia al negarle a la señora Margarita Prieto de Mendieta el interés necesario para demandar la nulidad de la venta hecha por los hijos de Mendieta al doctor Gómez en lo que respecta a los demandados que fueron absueltos, incurrió en violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, porque desconoció el derecho que ese artículo le da para demandar la nulidad absoluta a toda persona que tenga interés en que ella sea declarada, con la excepción que el mismo artículo contiene; e infringió igualmente el artículo 1781 del Código Civil, porque dio por excluidos de la sociedad conyugal Mendieta-Prieto las tres sextas partes de los inmuebles que fueron materia de los contratos simulados, siendo así que dichos inmuebles en su totalidad pertenecen a la mencionada sociedad conyugal ilíquida, conforme al numeral 5º del expresado artículo.

Admitida la nulidad de la venta hecha por el General Mendieta a sus hijos, agrega el autor del recurso, y establecido así el interés de la señora demandante para demandar la nulidad de la venta que aparece hecha por los hijos de Mendieta al doctor Gómez, se llega a la conclusión imprescindible de que esta última venta es también simulada y por consiguiente nula.

Luégo sigue disertando respecto de la apreciación de los indicios que llevaron al Tribunal a la conclusión de que es simulado el último contrato en lo referente a tres de los demandados, y que cobijaba también a los otros.

Considera la Corte que no habiendo prosperado la acusación de la sentencia en la parte en que absuelve a tres de los demandados de la acción de nulidad del contrato de 1906, queda en pie la razón que el sentenciador tuvo para negar por falta de interés en la demandante, la nulidad absoluta del contrato de 1916, desde luégo que en nada aprovecharía a la sociedad conyugal, en cuyo nombre habla la actora, la declaración de nulidad del segundo contrato, desde luégo que la porción de terrenos que compraron los demandados absueltos, no pasarían al patrimonio de la sociedad conyugal.

El autor del recurso parte de la base de que está demostrada la nulidad del primer contrato, esto es, el de venta del General Mendieta a sus hijos, sin exceptuar a ninguno, para asegurar que tiene interés la actora en la demanda de nulidad del segundo contrato. Dice así el autor del recurso:

"Admitida la nulidad de la venta hecha por el General Mendieta a sus hijos, sin exceptuar a ninguno de éstos, y establecido así el interés de la señora demandante para demandar la nulidad de la venta que aparece hecha por los hijos de Mendieta al doctor Gómez, etc., etc."

Pero, como se ha dicho, la premisa no aparece demostrada, y el primer contrato quedó en firme a favor de tres de los compradores.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el quince de diciembre de mil novecientos veintiocho, en cuanto extiende en el punto cuarto la declaración de nulidad a los terrenos de Butulú y Tierrasviejas; en cuanto comprende en la restitución ordenada en el punto sexto dichos terrenos, y en cuanto condena en el punto sexto a la restitución de los frutos desde el día diez y siete de noviembre de mil novecientos diez y seis, debiendo ser la fecha inicial para dicha restitución el diez y ocho de noviembre de mil novecientos veintiuno.

En consecuencia, la sentencia del Tribunal, con las modificaciones provenientes de la casación, queda así:

"1º Declárase absolutamente nulo por simulación el contrato que se hizo constar en la escritura pública número 729 de la Notaría tercera de Bogotá, otorgada el veintiséis de octubre de mil novecientos seis, en cuanto por él aparece vendiendo Fidel Mendieta a Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta, y éstas aparecen comprando a aquél tres sextas partes a razón de una sexta parte cada una, proindiviso, la nuda propiedad de los lotes de terreno llamados San Antonio de Cuñutá, Aurora, Gualivá, Alto Gualivá, Buenavista, Tierrasviejas y Butulú, situados en jurisdicción del Municipio de La Vega

y demarcados por los linderos que en esa escritura aparecen.

"2° Niégase la declaración de nulidad de dicho contrato, en cuanto por él vendió Fidel Mendieta a Belisario Mendieta, Edelmira y María Natividad Mendieta, las tres sextas partes de la nuda propiedad de los mismos terrenos. En consecuencia, los demandados Edelmira, María Natividad, María Olga, Blanca Cecilia y Lilia Mercedes Mendieta quedan absueltos de los cargos deducidos en la demanda.

"3° Niégase la declaración de nulidad del contrato que aparece en la escritura pública número 363 de la Notaría de La Vega, otorgada el veintisiete de septiembre de mil novecientos nueve, y en consecuencia quedan absueltos los demandados María Olga, Blanca Cecilia y Lilia Mercedes Mendieta y Juanario Gómez de los cargos que al respecto se formularon en la demanda.

"4° Declárase absolutamente nulo por simulación el contrato que se hizo constar en la escritura pública número 1400 de la Notaría tercera de Bogotá, otorgada el diez y siete de noviembre de mil novecientos diez y seis, en cuanto por él aparecen vendiendo Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta a Juanario Gómez y éste comprando a aquéllas, tres sextas partes, a razón de una sexta parte cada una, en común, de la nuda propiedad de los lotes de terreno llamados San Antonio de Cuñutá, Aurora, Gualivá, Alto Gualivá y Buenavista, situados en jurisdicción del Municipio de La Vega y demarcados por los linderos que en dicha escritura aparecen.

"5° Niégase la declaración de nulidad del contrato mencionado en el numeral anterior, en cuanto por él vendieron los señores Belisario Mendieta y María Natividad Mendieta a Juanario Gómez, las dos sextas partes, a razón de una sexta parte cada uno, en la nuda propiedad de los mismos terrenos. En consecuencia, el demandado Juanario Gómez queda absuelto de los cargos que al respecto se le dedujeron en la demanda.

"6° Condénase al demandado Juanario Gómez a restituir dentro de los tres días siguientes de notificado este fallo, a la sociedad conyugal ilíquida formada por los esposos Fidel Mendieta y Margarita Prieto de Mendieta, representada por esta última, o por quien sus derechos represente hoy, las tres sextas partes, o sea la mitad de los terrenos llamados San Antonio de Cuñutá, Aurora, Gualivá, Alto Gualivá y Buenavista, situados en jurisdicción del Municipio de La Vega y demarcados por los linderos expresados en la demanda.

"7° Condénase al mismo Juanario Gómez a restituir a la sociedad conyugal ilíquida formada por los esposos Fidel Mendieta y Margarita Prieto de Mendieta, representada por esta última o por quien sus derechos represente hoy, los frutos que se hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad sobre la mitad de los terrenos expresados en el numeral anterior, a contar desde el día diez y ocho de noviembre de mil novecientos veintiuno hasta el día en que se verifique la entrega de la mitad de los expresados bienes. Estos frutos serán tasados en juicio separado, y al hacer el pago se descontará la suma de mil pesos (\$ 1,000) moneda corriente, que Margarita Prieto de Mendieta declara recibida de Juanario Gómez por razón de la pensión que fue estipulada en su favor.

"8° No es el caso de condenar al demandado Juanario Gómez a la restitución de las otras tres sextas partes o

sea la mitad de los bienes expresados en el numeral sexto de este fallo, y tampoco a los frutos producidos por dicha parte de tales bienes.

"9° Decláranse no probadas las excepciones de falta de acción y prescripción propuestas por el demandado Gómez al dar contestación a la demanda.

"10. Ordénase la cancelación de las escrituras números 729 y 1400, de fechas 26 de octubre de 1906 y 17 de noviembre de 1916, respectivamente, de la Notaría tercera de Bogotá, y los registros correspondientes, en lo relativo a las ventas que hizo Fidel Mendieta a Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta y éstas últimas a Juanario Gómez. Librense los oficios del caso tan pronto estuviere ejecutoriado este fallo.

"11. No se hace condenación en costas por no haber lugar a ella."

No hay lugar a costas en la segunda instancia por haber recurrido ambas partes.

Queda así reformada la sentencia de primera instancia.

Sin costas en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial esta sentencia y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veinte de abril de mil novecientos treinta y dos.

Pide el doctor Juanario Gómez que se aclare la sentencia dictada por esta Sala el 17 de diciembre del año próximo pasado, en varios puntos que a su juicio aparecen oscuros.

La Sala procede a resolver la petición.

Dice el doctor Gómez:

"La sentencia de esa Superioridad a que me refiero, sustitutiva de la sentencia de fecha 15 de diciembre de 1928, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que decidió en segunda instancia el pleito, declara nulo absolutamente el contrato contenido en la escritura pública de fecha 26 de octubre de 1906, otorgada en la Notaría 3ª de esta ciudad, bajo el número 729, en cuanto por él aparece vendiendo el señor Fidel Mendieta tres sextas partes de unos terrenos a Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta.

"Por medio de la misma sentencia declara la Corte nulo el contrato contenido en la escritura pública número 1400 de la Notaría 3ª de esta ciudad, de fecha 17 de noviembre de 1916, por cuanto en él aparecen vendiendo Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta a Juanario Gómez B. las tres sextas partes de unos terrenos.

"Es efecto de la nulidad pronunciada por la sentencia definitiva, el que las partes tengan derecho para ser restituidas al estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto o contrato nulo. Así lo reconoce esa Superioridad en la parte motivada de la sentencia a que me refiero.

"Antes de la celebración de los contratos declarados nulos absolutamente, la sociedad conyugal Mendieta Prieto estaba debiendo varias cantidades de dinero a distintas personas, cantidades de dinero que estaban garan-

tizadas con hipotecas constituidas sobre los bienes que fueron materia de los mismos contratos declarados nulos.

"Como consecuencia de la celebración de estos contratos y en cumplimiento de ellos, se pagaron esas cantidades de dinero y las fincas fueron libertadas de las hipotecas que las gravaban. Esos pagos los hicieron el doctor Belisario Mendieta al Banco Central y a don Pedro A. López, y yo personalmente pagué al doctor Julio Z. Torres su crédito hipotecario con sus intereses estipulados, como está plenamente probado en el expediente.

"Luego si el efecto de la nulidad reconocida por sentencia definitiva es volver las cosas al estado anterior al en que se celebró el contrato o contratos declarados nulos, según lo estima la Corte en la parte motiva de su sentencia y según la ley lo reconoce u ordena, lo natural y lo lógico es que la misma Corte resuelva qué se hace con las cantidades de dinero que el doctor Mendieta y yo pagamos por la sociedad conyugal Mendieta-Prieto pago que libertó las fincas de los gravámenes que pesaban sobre ellas. Resolver si estas fincas por el efecto de la nulidad de los contratos relativos a ellas, quedan o no afectas al pago de las cantidades de dinero que las gravaban antes de celebrarse esos mismos contratos; si como consecuencia de quedar afectas al pago, la entrega de ellas a la sociedad conyugal ilíquida Mendieta-Prieto queda sujeta a la condición del pago previo de esas cantidades de dinero con sus intereses estipulados o no.

"Resuelto este punto por la Corte, quedaría aclarada la sentencia en cuanto a esto, ya que en la parte motiva, repito, así lo acepta la Corte, pero no dice nada al respecto en la parte resolutive. Hay pues un motivo de duda que debe ser resuelto para evitar futuras complicaciones. Por otra parte, fue materia de la controversia esto de las cantidades de dinero que yo pagué por consecuencia de los contratos que hoy han sido declarados nulos, pues en la contestación de la demanda, tanto los demás demandados como yo mismo, pedimos claramente que fuera resuelto este punto.

"Os pido, pues, que aclaréis en esta parte la sentencia a que me refiero, para evitar de ese modo todo motivo de duda."

Considera la Corte que la sentencia del Tribunal no fue infirmada sino en dos puntos: el relativo a la fecha desde la cual deben pagarse los frutos, y el concerniente al exceso de lo resuelto en el punto cuarto, por haber extendido la declaración de nulidad a los terrenos de Butulú y Tierrasviejas que no fueron vendidos por la escritura número 1400 de la Notaría 3ª de Bogotá, otorgada el 17 de noviembre de 1916. De modo que en el resto el fallo del Tribunal quedó intocable y las aclaraciones sólo pueden referirse a la resolución de instancia de la Corte que reemplazó la parte casada de la sentencia del Tribunal.

Razonando la Sala sobre la acusación tendiente a demostrar que había existido el pago real de las fincas compradas, dijo en la parte motiva:

"De las pruebas que aducen los recurrentes lo que más puede deducirse es que fueron cubiertas algunas sumas para libertar las fincas de algunas hipotecas que las gravaban y la obligación en que se hallan las partes favorecidas de pagar las cuotas proporcionales a los derechos que por la sentencia se les reconocen."

Pero este concepto, que es de derecho y que puede dar lugar a compensaciones al cumplirse la sentencia; o a

la correspondiente acción para el reembolso, no da cabida para hacer la aclaración que el peticionario solicita, desde luego que como se ha dicho, los puntos de la sentencia de instancia de la Corte no fueron sino los dos que se dejan anotados.

Expone el peticionario:

"Dice la sentencia en la parte motiva que el suscrito debe pagar los frutos de las fincas que ha poseído, desde el día en que acaeció la muerte del General Fidel Mendieta, o sea desde el 18 de diciembre de 1921; es decir, desde ese día se me considera como poseedor de mala fe. En esta parte casó la Corte la sentencia del Tribunal, ya que éste me condena a pagar los frutos desde el día 17 de noviembre de 1916.

"Luego, en la parte resolutive de la sentencia, la Corte me condena a pagar los frutos a partir del 18 de noviembre de 1921. Hay pues un error evidente que debe ser corregido, para acabar con la duda de si se me considera como poseedor de mala fe desde la muerte del General Mendieta, acaecida el 18 de diciembre de 1921, o desde el 18 de noviembre del mismo año, fecha en que todavía estaba vivo el General."

Considera la Corte que tiene razón el peticionario desde luego que hay un error que induce a duda respecto de la fecha inicial en que deben cobrarse los frutos, pues en la parte motiva se establece que el doctor Gómez los debe desde la fecha en que acaeció la muerte del General Mendieta, que fue el 18 de diciembre de 1921, y en la sentencia aparece el mes de noviembre.

Tercer punto. Otra oscuridad que induce a duda.

Dice el doctor Gómez:

"La sentencia me condena a pagar frutos desde el día en que acaeció la muerte del General Mendieta, o sea desde el 18 de diciembre de 1921. En esta parte fue casada la sentencia del Tribunal, porque éste me condenaba a pagar frutos desde el 17 de noviembre de 1916. La Corte dictó pues la sentencia sustitutiva, en la cual dijo que no se me podía considerar como poseedor de mala fe sino a partir de la fecha del fallecimiento del General Mendieta.

"Fue materia también de la controversia lo relativo a las mejoras hechas por mí en las fincas materia de los contratos declarados nulos. Como la Corte casó la sentencia del Tribunal en esta parte y dictó sentencia sustantiva, debe resolver sobre las mejoras, sobre todo las hechas antes del 18 de diciembre de 1921, fecha desde la cual se me considera como poseedor de mala fe.

"Resuelto este punto en la parte resolutive de la sentencia, ambas partes de ésta—la motiva y la resolutive—quedarían en consonancia y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 839 del Código Judicial que regía al tiempo de dictar la sentencia, y puesto que en la contestación de la demanda así lo pedí claramente."

Considera la Corte que el Tribunal nada dijo en su fallo sobre derecho a mejoras, probablemente teniendo en cuenta que las prestaciones mutuas se hacen efectivas al cumplirse la sentencia.

Que habiéndose limitado la casación al punto concreto de la fecha inicial del pago de los frutos, no hay materia sobre la cual pueda esta corporación hacer la aclaración que se pide.

En lo relativo a la aclaración que se invoca sobre si al doctor Juanuario Gómez debe abonársele al restituir

los frutos a cuyo pago fue condenado, las cantidades de dinero que invirtió al producirlos, no es tampoco el caso de aclarar la sentencia, que, como se dijo atrás, se limitó a sustituir la del Tribunal en lo tocante a la fecha inicial de la restitución de los frutos. Al cumplirse la sentencia, como en lo que reza con las mejoras, se aplican todas las disposiciones que regulan las prestaciones mutuas, entre otras las del inciso cuarto del artículo 964 del Código Civil.

Otro punto que en concepto del doctor Gómez aparece oscuro en la sentencia es el de la personería de la señora Mendieta para demandar la nulidad del contrato celebrado entre los hijos del General Mendieta y el peticionario. Este punto, agrega, no lo tocó la Corte.

"Ahora—dice—siendo el fin principal de la casación uniformar la jurisprudencia, habiéndose planteado el problema de la falta de personería de la demandante, por no haber ella intervenido en el contrato que conmigo celebraron los hijos del General Mendieta; y habiendo la Corte en distintas ocasiones dicho que la nulidad de un contrato no afecta otros distintos ni da derechos a quienes lo celebraron contra terceros; y estando de consiguiente en abierta oposición lo en este juicio resuelto con lo resuelto en otros muchos, estimo que es oscuro el fallo de la Corte, pues ella no debió saltar como por sobre brasas para resolver cosas distintas o para cambiar la jurisprudencia."

Aunque este punto no es materia de duda que implique oscuridad en el fallo, sino que tiende a reformarlo, lo que ya no puede hacer la Corte, no está por demás observar que si fue objeto de la demanda de casación que oportunamente consideró la Sala.

Entre varios considerandos que atañen al punto que echa menos el peticionario, se destaca éste:

"Cuarto cargo. Fue violado, dice uno de los recurrentes, el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, porque no aparece el interés que este artículo requiere para poder alegar la nulidad, ya que la del contrato celebrado por Fidel Mendieta en 1906, no produciría por sí solo el efecto de la recuperación de los bienes, una vez que éstos pasaron por virtud de los contratos de 1909 y 1916, a un tercero; y la nulidad del contrato celebrado en 1916 tampoco puede producir el efecto perseguido, porque se interpone el contrato de 1906.

"A este argumento responde la Corte que si la acción de nulidad se hubiera limitado a uno de los contratos, tendría razón el autor del recurso, porque la invalidez de cualquiera de ellos, al dejar vigente el otro, no produciría el efecto de que los bienes que fueron materia de ellos volvieran al patrimonio de la sociedad conyugal ilíquida, que es el fin perseguido por la actora para retirar de ese patrimonio la parte que le corresponde como cónyuge sobreviviente. Precisamente la acción de nulidad establecida contra ambos contratos en un solo juicio, es lo que marca el interés jurídico de la actora, y por lo mismo el derecho que ella tiene según el artículo de la Ley 95 de 1890, que se dice quebrantado en el fallo, para demandar la nulidad."

Por tanto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, aclara la sentencia pronunciada el diez y siete de diciembre del año de mil novecientos treinta y uno, que ha sido objeto del estudio anterior, en el sentido de declarar que en el punto séptimo que se refiere a la restitución de frutos, se or-

dena la restitución de ellos desde el día diez y ocho de diciembre de mil novecientos veintiuno, en lugar del diez y ocho de noviembre de ese año, como se expresa en el punto aclarado.

No se accede a las demás peticiones del escrito de aclaración.

Notifíquese, cópiese con la sentencia esta aclaración y publíquese en la Gaceta Judicial.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, enero veintiocho de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

El doctor Samuel Jorge Delgado instauró demanda contra el doctor Jorge E. Bueno, para que se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Pertenece al doctor Samuel Jorge Delgado una casa sita en esta ciudad, en el barrio de San Nicolás, construida sobre paredes de bahareque, cubierta con teja de guadua, con su correspondiente terreno, que mide seis metros con seis centímetros de frente, por cuarenta y seis metros con cinco centímetros de centro, comprendida bajo los siguientes linderos: por el Norte, con propiedad de Gregorio Rioja; por el Oriente, con propiedad del señor Santiago Altamirano; por el Sur, con la carrera 5ª (quedando al frente el templo de San Nicolás y dicha carrera 5ª, entre la casa y el templo), y por el Occidente, con propiedad del señor Emilio Sardi.

"Segunda. El señor Jorge E. Bueno D. está obligado a entregar la referida casa al doctor Samuel Jorge Delgado, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

"Tercera. La casa de que se trata se entregará libre de todo gravamen.

"Cuarta. Asimismo se entregarán al doctor Delgado los frutos civiles que haya producido la dicha casa, desde que la compró el doctor Delgado, o sea desde el doce de enero del corriente año.

"Quinta. El señor Registrador de instrumentos públicos de este Circuito procederá a cancelar la inscripción del título de esa casa, hecha a favor del señor don Jorge E. Bueno, y las que se hayan hecho a favor de otras personas, con posterioridad a la fecha en que la adquirió el doctor Samuel Jorge Delgado.

"Sexta. El demandado debe pagar las costas de este juicio."

Bueno contestó la demanda oponiéndose, y a su vez contrademandó a Delgado, para que se declarara:

"1 Que es nulo el remate verificado el día cuatro de noviembre de mil novecientos veintiséis, ante el Juez 2º de este Circuito, de los derechos y acciones de dominio que dijeron tener los menores Julio, Emilia y Marina Núñez, en una casa construida sobre paredes de bahareque y cubierta de tejas de guadua, en el barrio de San Nicolás, y alinderada así: por el Norte, con propiedad de Gregorio Rioja; por el Sur, con la carrera 5ª; por el Oriente, con propiedad de Ignacio Altamirano, y por el Occidente, con predio de Santiago Sardi; y por medio del cual vendió el señor Ernesto J. Holguín a don Samuel Jorge Delgado los expresados derechos de dominio.

"2° Que es, asimismo, nulo y sin ningún valor ni efecto, el contrato de venta del inmueble rematado, venta que hizo Ernesto J. Holguín a Samuel Jorge Delgado, por escritura pública número 50, de doce de enero de mil novecientos veintisiete, y por consiguiente, deben cancelarse las inscripciones hechas por el Registrador de instrumentos públicos, a los folios números 281, partida 389 del Libro 1°, y 173, partida 344, del Libro 2°

"3° Que el demandado debe pagar las costas del juicio, tanto de la demanda principal como la de reconvención."

El Juez falló así:

"1° Declarar que pertenece al doctor Samuel Jorge Delgado una casa situada en esta ciudad, en el barrio de San Nicolás, construida sobre paredes de bahareque, cubierta con teja de guadua, con su correspondiente terreno, que mide seis metros con seis centímetros de frente, por cuarenta y seis metros con cinco centímetros de centro, comprendida bajo los siguientes linderos: por el Norte, con propiedad de Gregorio Rioja; por el Oriente, con propiedad del señor Santiago Altamirano; por el Sur, con carrera 5ª (quedando al frente del templo de San Nicolás y dicha carrera 5ª, entre la casa y el templo), y por el Occidente, con propiedad del señor Emilio Sardi.

"2° Ordenar al doctor Jorge E. Bueno D. la restitución y entrega de la casa delimitada en el punto anterior, al señor doctor Samuel Jorge Delgado, dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria de este fallo.

"3° Condenar al doctor Jorge E. Bueno D. al pago de los frutos civiles percibidos o que hubieren podido percibir si el bien hubiera estado en poder del demandante, doctor Samuel Jorge Delgado, desde la contestación de la demanda hasta el día en que se verifique la entrega del inmueble reivindicado. Esta estimación se hará en juicio separado.

"4° Declarar no probadas las excepciones de carencia de acción, ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante, inexistencia de la obligación que se demanda, ineficacia del título para reclamar el inmueble discutido, nulidad del acta de remate, nulidad del contrato de venta hecha por escritura pública número 50, de doce de enero de mil novecientos veintisiete, simulación, dolo, petición de lo indebido y de un modo indebido, petición antes de tiempo, y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación y la declaran extinguida, si alguna vez existió, propuestas por los demandados en las contestaciones de la demanda.

"5° Absolver al demandado doctor Samuel Jorge Delgado, de todos y cada uno de los cargos que se le formulan en la demanda de reconvención.

"6° Disponer, que en firme este fallo, se oficie al señor Registrador de instrumentos públicos de este Circuito, para que proceda a cancelar las inscripciones relativas al inmueble reivindicado y hechas a favor del doctor Jorge E. Bueno, y las verificadas a favor de otra persona con posterioridad a la fecha en que la adquirió el doctor Samuel Jorge Delgado, y de las que sean contrarias a los derechos que esta sentencia confiere al demandante; y

"7° Condenar en costas a los demandados."

Por apelación del agraviado fueron los autos al Tribunal de Cali, y esa Superioridad confirmó el fallo, adicionándolo en el sentido de disponer que se le abonaran a Bueno las mejoras útiles hechas en la casa con ante-

rioridad a la demanda, pudiendo retener la casa hasta que se le paguen o se le asegure el valor de tales mejoras.

El doctor Bueno interpuso recurso de casación, que se admite y estudia.

En primer término se acusa el fallo por la segunda causal, por cuanto el Tribunal dejó de fallar una excepción propuesta en la contestación de la demanda, al no apreciar la confesión de Zoila Núñez, respecto del no pago de la cantidad estipulada en el contrato de venta.

Se observa:

El Tribunal consideró una a una las excepciones propuestas al contestar la demanda, prohibiendo el estudio que de ellas hizo el Juez, invirtiendo el orden en que fueron propuestas para su estudio, y respecto de las demás dijo expresamente lo siguiente:

"..... Igual cosa cabe decir respecto de las de inexistencia de la obligación que se demanda e ineficacia del título de dominio para reclamar el inmueble discutido, como también de las demás a que alude el memorial de contestación de la demanda.

"En lo tocante a estas excepciones, el opositor redujo su actuación a proponérlas, sin basarlas en hechos de ninguna especie, y sin traer a los autos las pruebas que hubieran podido lograr su demostración.

"Con relación a la excepción de carencia de acción, enunciada por el demandado al principio de su escrito, conceptúa el Juzgado que no puede, con propiedad, instaurarse como tal, por la naturaleza del juicio de que se trata.

"Viene la carencia de acción en un litigio, cuando se declara probada una excepción que ataca la esencia misma de la obligación. En otros términos, ella es el efecto de declarar demostrada una excepción, pero no puede considerarse como un hecho que genere la destrucción de una obligación.

"Otra cosa bien distinta ocurriría en ciertos contratos aleatorios, como el juego, los que por su naturaleza no producen acción ni excepción—artículo 95, Ley 153 de 1887,—y en donde, por consiguiente, si puede instaurarse como defensa la excepción de carencia de acción."

Como se ve, todas las excepciones fueron falladas, declarándolas no probadas, y por ello la sentencia es consona con las pretensiones de las partes, aducidas en tiempo.

Considérase, con relación a la primera causal, que el sentenciador violó el artículo 468 del Código Civil, porque la señora Zoila Núñez, madre natural de los menores, no podía ejercer actos de administración, sino previo inventario de bienes del pupilo.

Para la mejor inteligencia del cargo, conviene transcribir estos pasajes del fallo:

"De acuerdo con el artículo 1506 del Código Civil, toda persona está autorizada para estipular en favor de un tercero, aun sin facultad para representarlo, por no haber recibido poder de éste para ello, o por carecer de representación legal suficiente para estipular en su nombre; y en tal caso, sólo ese tercero podrá demandar lo estipulado, y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita—aceptación que puede ser directa cuando, por razón de su capacidad, puede declararlo así en un documento cualquiera; e indirecta, cuando por sí o por representante ejecuta actos que sólo cabrían en virtud del contrato—esa estipulación es revocable por la sola voluntad de las partes que concurrieron en ella.

"En casos como éste, como el que estipula en favor de un tercero no contrata para sí, es claro que ni el contratante ni el tercero se obligan directamente; no el primero, por haber estipulado para otro, y tampoco el segundo, por no haber intervenido directamente en la negociación, ni legalmente representado.

"Por eso ha querido la ley que en tales condiciones la estipulación quede en firme desde que medie aceptación expresa o tácita, y que en caso contrario, el contrato puede ser revocado, concurriendo, por supuesto, la voluntad de las partes que en él intervinieron.

"Haciendo uso de aquella autorización, Fidela Martínez, por la escritura pública número 302, de doce de abril de mil novecientos veinticuatro, pasada ante el Notario 1º de este Circuito, compró a Ernesto del mismo apellido una casa de habitación, de paredes y techo de guadua, con su correspondiente terreno, ubicada en el barrio de San Nicolás, de esta ciudad, y comprendida dentro de estos linderos: por el Oriente, con propiedad de Ignacio Altamirano; por el Occidente, con predio de Santiago Sardi G.; por el Norte, con propiedad de Gregorio Rioja, y por el Sur, con la carrera 5ª; advirtiéndose en dicho instrumento que compraba para los menores Julio, Emilia y Marina Núñez, hijos naturales de Zoila Núñez.

"Cuatro meses después de hecha esta estipulación, la Núñez solicitó del Juez 2º de este Circuito el nombramiento de curadora de sus menores hijos, concediéndosele con tal motivo la guarda de los mismos, después de lo cual le fue discernido el cargo, advirtiéndosele que mientras no tuviera formado el inventario de los bienes de sus pupilos, no podría ejercer sobre ellos acto alguno de administración, sino en cuanto fuera absolutamente necesario.

"Con ese carácter de guardadora de los menores ya nombrados, la Núñez solicitó y obtuvo autorización judicial para vender en pública subasta el inmueble comprado para ellos por la Martínez, y por efecto de esa misma autorización, y como resultado del remate, el bien puesto en subasta fue adquirido por Ernesto José Holguín, a quien se adjudicó como mejor postor, según acta de remate que, en copia autorizada y registrada, obra en los autos, y por último el demandante adquirió del rematador Holguín, y a título de venta, el mismo bien raíz a que alude la estipulación hecha por la Martínez en favor de los menores Núñez.

"De la relación que se ha hecho de los títulos de propiedad, invocados por el demandante, se viene en conocimiento de que éste ha demostrado de manera plena ser poseedor regular del inmueble, cuyo dominio reclama.

"Pero se arguye que, a pesar de la estipulación dicha hecha a favor de los menores Núñez, éstos no llegaron a adquirir el dominio del bien raíz para ellos comprado, porque nunca, ni en ninguna parte consta, su aceptación expresa o tácita sobre tal estipulación, y que, de consiguiente, pudo ser revocada, como efectivamente lo fue, y que como consecuencia, fue ineficaz la autorización obtenida para vender, y la adjudicación que por virtud del remate se hizo a Holguín y el traspaso al demandante.

"Tal parece que así fuera, porque a los autos se ha traído la prueba de la manifestación que judicialmente hizo la Martínez de haber revocado la donación hecha por ella en favor de los menores, y del traspaso que, como consecuencia de tal revocatoria, hizo a Bernardino Roa del bien antes donado; mas como el acto de que da fe la escritura 302, de doce de abril de mil novecientos

veinticuatro, no fue ni pudo ser una donación, ni podía ser revocado por la sola voluntad de una de las partes que concurrieron a él, ni menos en la forma en que se hizo, sino por otro instrumento, y en cambio, el permiso judicial solicitado y obtenido por la representante legítima de esos menores, envuelve nada menos que la aceptación tácita del contrato de compraventa, celebrado en su favor por Martínez, parece por demás demostrado que esa estipulación quedó en firme en virtud de tal aceptación, y que, de consiguiente, fue valedera la venta en pública subasta de lo que fue materia de esta estipulación y el traspaso que de lo rematado hizo el rematador."

Para rebatir el cargo anterior, basta observar que el sentenciador conceptuó que ese permiso era una aceptación tácita del contrato celebrado por la Martínez a favor de los menores, no un acto de administración que necesitara la diligencia previa de inventarios, porque se apoyó en el artículo 1506 del Código Civil, que permite a cualquier persona estipular a favor de un tercero, de suerte que la señora Núñez no obró, cuando aceptó, como guardadora de sus hijos, para que tuviera necesidad de inventariar los bienes de los menores.

Pero suponiendo que la señora Núñez no hubiera inventariado los bienes de sus menores hijos antes de hacer actos de administración, habría que demostrar que ellos estaban viciados de nulidad, y citar la disposición que les impusiera como sanción esa nulidad, ya que el tercer inciso del artículo 468, señalado como violado, sólo impone como sanción la remoción del guardador sospechoso, y condena a resarcir daños o pérdidas, de acuerdo con el artículo 512 del Código Civil.

Por otra parte, la falta de inventario previo fue uno de los hechos que sirvieron de fundamento a la demanda de reconvención, marcado con el número 6º, para solicitar la nulidad del remate y del contrato de venta celebrado entre Ernesto Holguín y Samuel Jorge Delgado, y como esa acción de nulidad no fue dirigida contra las personas que intervinieron en esos actos, ellos no pueden ser materia de decisión, como lo anota el Tribunal. La falta de inventario previo, que acarrearía la nulidad de los actos ejecutados por el guardador, no se puede discutir con ausencia de los menores, debidamente representados, o con ellos mismos, si ya fuesen capaces de comparecer en juicio.

No prosperando esta violación, no puede tener cabida el quebrantamiento de los artículos 464, 471, 472, 1740 y 1756 del Código Civil, violados, según el recurrente, a causa de la mala interpretación que le dio el Tribunal al artículo 468.

Se considera que el sentenciador prescindió de estudiar el artículo 1506 del Código Civil, en relación con las formalidades intrínsecas y extrínsecas que deben rodear todo acto o contrato, violando los artículos 1494, 1502, 1517, 1524, 1863 y 1928 del Código Civil, al darle valor al acto ejecutado por la señora Núñez.

Se observa:

Precisamente, el artículo 1506 fue el invocado por el Tribunal para fundamentar, en parte, su fallo, como se ve por la transcripción hecha. Asentado que la señora Núñez podía estipular para sus menores hijos, la obligación nació del concurso de voluntades, fue realizada por una persona capaz, tuvo por objeto una cosa, tuvo causa real y lícita y se verificó un contrato de venta, como lo reza la respectiva escritura, condiciones todas éstas exigidas por los artículos citados por el recurrente como infringidos.

Se tacha la sentencia por error de hecho y de derecho, por haber dejado de apreciar el memorial de la señora Martínez, en que le dice al Juez que revoca la donación que le hizo a los hijos de la señora Núñez; el memorial de cinco de mayo de mil novecientos veintisiete, por el cual aceptó la herencia de su hijo Ernesto Martínez, la partida de defunción del vendedor y del auto por el cual se le declaró heredera universal de su hijo.

Se replica:

Habiendo manifestado el sentenciador que la solicitud de la señora Núñez de licencia judicial para vender la casa que la señora Martínez había comprado para los menores, era una aceptación tácita por parte de los menores del contrato de venta hecha por conducto de la Núñez, no tenía porqué apreciar esos documentos, ya que para el sentenciador el contrato había quedado perfeccionado por esa aceptación anterior a los documentos citados por el recurrente.

Ahora, si esa premisa del sentenciador está firme, mal han podido violarse las disposiciones que invoca el recurrente, y de otra parte, si el contrato lo consideró el Tribunal como una venta, él no podría desecharse por la sola voluntad de una de las partes, y aun en este caso era de rigor la escritura pública, pues un contrato celebrado de modo solemne no puede perder su existencia jurídica por la mera voluntad de una de las partes contratantes, manifestada por medio de un memorial ante un Juez.

La violación del artículo 1756 se hace consistir en haber estimado como ratificación válida de la estipulación de la señora Martínez, el permiso judicial solicitado por la Núñez para vender la casa.

Se considera:

En ninguna parte del fallo entendió el sentenciador que la Núñez había ratificado la estipulación de la Martínez, ni de eso se ha hablado en el fallo. Se dijo que la Núñez había aceptado en nombre de los menores, quedando, por consiguiente, perfecto el contrato, el cual no podría ser invalidado por la voluntad de una de las partes.

También se advierte que la señora Núñez no compró bienes de sus hijos, para que incurriera en la sanción del artículo 1501 del Código Civil.

Considérase que se incurrió en error de hecho evidente al no considerar como revocatoria de la estipulación la manifestación de la señora Martínez hecha ante el Juez.

Se anota:

Expresamente dijo el sentenciador que no era donación el contrato celebrado por la señora Martínez, y que esa estipulación no podría ser revocada por la mera voluntad de una de las partes, advirtiendo que el recurrente no cita la disposición que se hubiera violado a consecuencia de ese error, caso que él se hubiera demostrado:

Se acusa el fallo por la violación de los artículos 15 de la Ley 95 de 1890 y 577 del Código Civil, por cuanto el Tribunal no le reconoció al doctor Bueno el interés para demandar la nulidad de los actos de la señora Núñez, como tutora o curadora de los menores.

Se responde:

Declarado que la señora Núñez había aceptado válidamente la estipulación pactada a favor de los menores por la señora Martínez, estipulación que ésta no podía revocar por su sola voluntad, el quebrantamiento de esos artículos no podía acaecer por ser válido el contrato ce-

lebrado por la Martínez para los menores hijos de la señora Núñez, y al respecto se expresa así el sentenciador:

"El interés que puede tener el demandante en la reconvencción, radica en el hecho de decirse dueño del bien que el demandante en la demanda principal pretende le restituya, y el perjuicio, en la pérdida que para él implica la transmisión indebida de su dominio a quienes, en su sentir, no podían adquirirlo ni por remate ni por venta; mas como del examen de los títulos del actor en la reconvencción, aparece que ningún dominio llegó a adquirir sobre el bien raíz objeto del juicio, es claro que desapareciendo su calidad de dueño, desaparece también el interés que pudiera tener en su transmisión a otro y el perjuicio consiguiente."

En los memoriales presentados ante la Corte, considera el recurrente violado el artículo 1506 del Código Civil, y así se expresa al respecto:

"Siendo así que la señora Fidela Martínez, por medio de la escritura número 302, de doce de abril de mil novecientos veinticuatro, realizó una compra para los menores hijos de la señora Zoila Núñez, considerando este hecho como estipulación para otro, no hay duda alguna que el Tribunal de Cali violó por interpretación errónea y mala aplicación del artículo 1506 del Código Civil, dejando de considerar las circunstancias especiales, mediante las cuales la compradora Martínez hizo la revocatoria de la estipulación o de la donación, circunstancias éstas de que el Tribunal hizo mala apreciación, o dejó de apreciarlas, debidamente comprobadas, a saber: la oportunidad legal de esa revocatoria, notificada a la madre de dichos menores, el doble carácter de que estaba investida para efectuarla, y el motivo de no haberse llenado las formalidades legales, para la eficacia del traspaso a los menores de ese inmueble."

No cita el recurrente las circunstancias especiales que dejó de considerar el fallador, mediante las cuales la compradora Martínez hizo la revocación. Lo que el recurrente ha debido demostrar, para que pudiera prosperar el cargo, era que la señora Martínez podía por su sola voluntad revocar la estipulación consignada en la escritura número 302, y demostrar igualmente que para esa revocación no se requería escritura pública, como lo afirmó el Tribunal, afirmación que está en pie, y que es una de las bases de la sentencia.

Se considera que lo que la señora Martínez pactó por medio de la escritura pública número 302, fue una donación, y que el Tribunal, al desconocerle ese carácter, erró de hecho en la apreciación de las escrituras números 302, de doce de abril de mil novecientos veinticuatro, y 979, de once de agosto de mil novecientos veintiséis.

Se observa:

La señora Martínez manifestó en la escritura número 302, que la casa del barrio de San Nicolás la compraba para los menores Julio, Emilia y Marina Núñez. Se ve, pues, que lo que reza la escritura fue una compra hecha para los menores y no una donación; pero si lo que se pretende demostrar es que el contrato contenido en la escritura número 302 fue de donación y no de venta, ha debido en ese caso dirigirse la demanda contra los menores, en persona de su representante o contra ellos directamente, si en ese entonces podían comparecer en juicio por sí mismos, pues sin audiencia de ellos no podía hacerse esa declaración.

Esta razón es más que suficiente para rechazar las acusaciones del recurrente por violación de los artículos

1506, 1443, 1496, 1497, 1618, 1521 y demás que cita el recurrente en su escrito de fecha veintitrés de febrero del año próximo pasado, porque no siendo los menores parte en el juicio, no se puede, sin audiencia, declarar que lo pactado por la señora Martínez fue una donación o una compraventa.

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, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha veintiuno de mayo de mil novecientos treinta.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero dos de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

El día doce de junio de mil novecientos veinticinco, el señor Francisco García estableció ante el Juez del Circuito de Honda juicio ordinario contra la Compañía de Energía Eléctrica de Honda.

“El día dos de febrero del corriente año—dice el demandante—a eso de la una de la tarde, poco más o menos, me encontraba yo en mi casa de habitación de esta ciudad, que es la marcada con el número 74 de la calle llamada de **Ayacucho**, carrera 6ª de la actual nomenclatura; estaba en pleno uso de mis funciones fisiológicas—sano del cuerpo—cuando al pasar por un corredor, tomé en las manos un alambre galvanizado, del que se usa para los hilos telegráficos, que había en aquel corredor, aplicado para extender allí la ropa, y sin conexión con los alambres del alumbrado.

“Al tomar tal alambre en las manos, recibí una fuerte corriente eléctrica, que me contrajo las manos y me mantuvo en peligro de ser electrocutado, de manera que si mi sobrino, el señor Sergio Troncoso, no se orienta de lo que me estaba ocurriendo, y corta el alambre o la corriente eléctrica que me tenía poseído, por el empleo de los mayores esfuerzos para arrancarme del alambre electrificado que me tenía sujeto, habría perecido irremisiblemente, pues no obstante haberme aislado, quedé con partes moradas de la piel, y como si hubiera estado sometido a una combustión continua; quedé con los brazos paralizados por largo tiempo, y fuera de la larga cama que he padecido, he quedado con adormecimiento en todo el cuerpo y especialmente en los brazos; y como no he vuelto a mi anterior estado, considero que me quedará incapacidad vitalicia para ciertas funciones orgánicas.

“Vamos a averiguar ahora qué causa obró sobre mí para sufrir tan grave trastorno: en mi referida casa tengo instalación de luz eléctrica, conexiónada con la planta de Energía Eléctrica de esta ciudad, de que eran propietarios los señores Pedro A. López & Compañía, y que forma hoy la Compañía denominada Energía Eléctrica de Honda. La referida Empresa dio luz el día en referencia, a la misma hora en que ocurrió mi accidente; y ocurre que la citada Compañía no tiene perfectamente aislados los alambres conductores, de manera

que ocurren escapes de energía, que tomando otras vías, causan o pueden causar a los particulares graves males, como el que dejo narrado.

“En el caso concreto en que me ocupo sucedió esto: en varios puntos el alambre conductor no estaba defendido, y de él pasó a una teja metálica de mi casa la corriente, y de allí al alambre de extender la ropa, y de éste a mí por el empleo de los actos que quedan expresados.

“En esta situación, no puede remitirse a duda el hecho de que los daños recibidos por mí y los consecuentes perjuicios, fueran causados por la corriente eléctrica desarrollada en la Planta Eléctrica de Honda.

“Veamos ahora si lo ocurrido fue efecto inmediato y necesario del servicio corriente de la energía de aquella Planta, aplicada a dar luz a la ciudad.

“Si así fuere, es de suponer que no se daría luz a las poblaciones, con la sola existencia del peligro; pero no sólo no es así, sino que la fuerza, el calor y la luz a que se aplica la energía eléctrica, se hallan captados y reducidos a términos definidos y fijos, por medio de aislamiento y seguridad.

“En consecuencia, no siendo, como no es, efecto necesario del servicio de alumbrado el causar daños como los recibidos por mí, es claro que los empresarios de la Empresa de Energía Eléctrica de Honda son responsables de aquellos daños y perjuicios, por mediatos que sean, de que fui y estoy siendo víctima.

“Con este preámbulo, que sirve para dar la clave de todos los hechos, y en vista de que la Empresa no se ha prestado a un arreglo amigable del asunto, vengo, en mi propio nombre, a demandar a la Compañía de Energía Eléctrica de Honda, representada en esta ciudad por los señores Roberto Suescún Escobar y José D. Neira, varones, mayores de edad, vecinos de Honda, cuya naturaleza ignoro, para que con su audiencia y previa la tramitación de un juicio ordinario de mayor cuantía, sea condenada tal Empresa, domiciliada en esta ciudad y en la de Bogotá, a hacerme estas prestaciones:

“Primera. A pagarme la cantidad de cinco mil pesos moneda corriente, en que estimo los daños que se me causaron con reducirme a la cama en cuatro meses y con los gastos de médicos y medicinas que he tenido que emplear.

“Segunda. A pagarme la suma de diez mil pesos moneda corriente, en que estimo los perjuicios que he recibido con la invalidez vitalicia, procedente de la conmoción y electrocución parcial.

“Estas dos cantidades están sometidas a lo que se aprecie por peritos.

“Tercera. A pagarme las costas del juicio que por medio de la presente demanda promuevo.

“El derecho, causa o razón de esta demanda, lo deduzco del Título XXXIV, Libro 4º, del Código Civil, y especialmente del artículo 2359 de allí, que dice:

“Por regla general, se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno, amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo algunas de éstas podrán intentar la acción.”

Son hechos fundamentales los siguientes:

“1º La Compañía a quien demando es dueña de la Planta de Energía Eléctrica de esta ciudad.

"2° La misma Compañía, por descuido o negligencia, dejó de revisar la instalación que construyó y colocó en mi casa, situada como lo expresé al principio.

"3° Por esa negligencia, la corriente eléctrica de la Planta de la misma Compañía, invadió las tejas de mi casa y el alambre de extender ropa, que indiqué antes.

"4° Al tomar yo el referido alambre, recibí una descarga eléctrica, que me produjo enfermedad grave y la electrocución de que he hablado.

"5° Los daños me fueron causados por la Compañía demandada.

"6° Los daños recibidos por mí y los perjuicios consecuenciales, valen la suma de quince mil pesos moneda corriente, o lo que se fije por peritos.

"7° Toda oposición a esta demanda será temeraria."

El Juez de la causa, en sentencia de once de octubre de mil novecientos veintisiete, absolvió a la Compañía de los cargos formulados en la demanda.

En virtud de apelación interpuesta por el demandante, el Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia de siete de abril de mil novecientos treinta, revocó el fallo del Juez, según consta en la parte resolutive, que literalmente dice así:

"En tal virtud, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **revoca** la sentencia de que se trata, y en su lugar condena a la Empresa de Energía Eléctrica de Honda a pagar a Francisco García, oportunamente, los daños que se le causaron por razón de la conmoción eléctrica de que fue víctima el dos de febrero de mil novecientos veinticinco, los gastos médicos y las medicinas que fue necesario emplear debido al accidente que sufrió, inclusive los perjuicios causados por la invalidez vitalicia que le ha quedado a García, procedente de la conmoción y electrocución de que dan cuenta los autos. Estos perjuicios serán avaluados en actuación separada.

"Con costas en la primera instancia a cargo de la Empresa demandada. Dése cumplimiento al artículo 150, Ley 40 de 1907."

La Compañía demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, recurso que la Corte acepta, por ajustarse a la ley.

Violación de la ley sustantiva por indebida aplicación al caso del pleito, y por interpretación errónea de ley sustantiva.

Primer motivo: indebida aplicación.

"De lo que hasta aquí se lleva historiado—dice el Tribunal—se deduce que el caso del pleito se encuentra contemplado tanto por el artículo 2341 del Código Civil como por el 2356 del mismo, que dan acción para demandar perjuicios en todos los casos en que éstos se causen por negligencia o falta de previsión y cuidado en la persona que debe tenerlos, pues como dice la Corte en casación de 15 de julio de 1912, el artículo 2356, así como otros varios del Código Civil, tanto se refiere a los delitos como a toda especie de culpas, tanto a los actos en que haya malicia como a los en que ésta no exista.

"Son estos dos preceptos legales los que regulan la teoría de la responsabilidad común por los delitos y las culpas, según la legislación colombiana. Al respecto dice la Corte Suprema:

"Con estas disposiciones el legislador no ha hecho otra cosa que establecer una sanción a la violación del principio de equidad y de orden social de no ofender a nadie (*neminem lae dere*), ya que la acción preventiva de la

Policía y las sanciones penales no bastan siempre para impedir toda negligencia y asegurar el respeto de todos los derechos ajenos." (Casación de 14 de mayo de 1917, tomo XXVI, página 63).

"En relación con estos dos artículos, dice don Fernando Vélez lo siguiente:

"Esos daños pueden originarse de un hecho que constituya un delito, o que no lo constituya, ni siquiera sea punible criminalmente, porque no es una culpa o cuasidelito. De modo que el individuo que sea perjudicado en su persona o en sus bienes por otro, tiene derecho a exigir de éste que le indemnice el daño correspondiente.

"Si el daño que recibe una persona se origina de un cuasidelito, o de una culpa, o de negligencia, o descuido o imprudencia de un tercero, el perjudicado puede demandar civilmente la indemnización del caso, la cual no depende del resultado de ningún procedimiento criminal, porque no se basa en la ejecución de un delito. De otro modo: en este caso la indemnización se debe, no porque el autor del daño haya violado el Código Penal, pues sin violarlo puede causarse un daño que tenga sanción civil" (tomo IX, páginas 8 y 9). Tan amplia ha querido ser la ley colombiana en este asunto de indemnización de perjuicios por descuido, culpa o negligencia, que aun en el caso que la persona damnificada se haya expuesto imprudentemente al peligro, siempre se reconoce acción para demandar a la persona que los ha causado directamente o por medio de sus agentes, como lo consagra el artículo 2357 del Código Civil, al aconsejar reducción de tales perjuicios, si la imprudencia es imputable a la persona que los cobra. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente."

"Tenemos, pues—dice el recurrente—que el Tribunal aplica al caso del pleito las disposiciones del Código Civil sobre culpa extracontractual o aquiliana, y no los preceptos sobre culpa contractual. Pero como en este negocio se trata de una culpa contractual, según se echa de ver con la simple lectura de la demanda iniciada, y no de una culpa extracontractual o aquiliana, resultan erróneamente aplicadas al caso del pleito las aludidas disposiciones, y es procedente infirmar el fallo recurrido."

Más adelante agrega:

"Como el Tribunal, en lugar de considerar la culpa con el carácter de contractual, le dio la fisonomía de extracontractual o aquiliana, aplicó indebidamente al caso del pleito los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, debiendo haber aplicado los artículos 1602, 1603, 1606, 1609 y 1620 de la misma obra."

La argumentación del recurrente se basa en que hubo un contrato innominado entre García y la Compañía sobre suministro de luz, y que el demandante no cumplió la estipulación siguiente:

"En caso de daño en la instalación, avisar inmediatamente a la Compañía."

Se considera:

El demandante apoyó su acción en las disposiciones del Título 34, principalmente en el artículo 2359, como consta en la parte transcrita de la demanda. Estos preceptos contemplan obligaciones legales, extrañas en absoluto a las obligaciones contractuales. El juzgador, por ende, estaba en el ineludible deber de ceñirse a la acción ejercitada, ora para absolver, ora para condenar,

El daño en la instalación no fue conocido por García sino cuando cogió el alambre y fue víctima de la descarga eléctrica. Por consiguiente, el demandante no violó la estipulación en referencia. Si la Compañía hubiera probado, prueba que no existe en autos, que García había conocido el daño antes de coger el alambre, la parte demandada no tendría responsabilidad alguna. En este evento, la acción sería improcedente, por no tratarse de una obligación legal sino de una contractual, y por haber sido violado el contrato por García.

Si en lugar de García, un visitante de la casa de éste hubiese cogido el alambre, recibiendo la corriente eléctrica, de seguro que tendría acción para pedir el pago de perjuicios, en armonía con nuestra legislación. Esto patentiza la diferencia que existe entre la culpa contractual y la legal.

Es obligación legal de la Compañía emplear una constante diligencia para defensa del público y de los arrendatarios de luz, so pena de incurrir en la sanción civil de pagar perjuicios. La Compañía no ha probado tal diligencia. Al contrario, en autos existe la prueba de que por su descuido han ocurrido graves accidentes.

El Tribunal, por consiguiente, no aplicó indebidamente los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, y de modo jurídico se abstuvo de aplicar los artículos 1602, 1606, 1608, 1609, 1615 y 1620 de la misma obra.

Segundo motivo: errónea interpretación de la ley sustantiva.

El recurrente funda la acusación en las siguientes razones:

1° En que para que un hecho pueda castigarse, es menester que sea voluntario y libre, en armonía con la escuela clásica.

2° Que a la Compañía no le es imputable el daño que hubo en la instalación de la casa de García, y que, por tanto, no está obligada a pagar perjuicios.

3° Que se aplicaron erróneamente los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, disposiciones que consagran la responsabilidad por la culpa *aquilliana*, siempre que sea imputable.

4° Que se aplicó erróneamente el artículo 1604 del Código Civil, que trata de la culpa contractual, y de ahí que la Compañía no esté obligada a probar la diligencia o cuidado.

5° Que el Tribunal violó el artículo 2357 del Código Civil, en cuanto ha debido ordenar la reducción que contempla esta disposición.

Se considera:

Los dos primeros puntos, concernientes a la imputabilidad, a la voluntad y malicia en la ejecución del hecho, están resueltos por la ley y por la jurisprudencia. Según el artículo 34, inciso 4°, Ley 57 de 1887, "si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa." Entre otras fuentes de las obligaciones, el artículo 1494 del Código Civil señala las que nacen "a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona." De acuerdo con las disposiciones citadas, la culpa civil da derecho para pedir indemnización, aun cuando no haya habido voluntad y malicia.

La Corte Suprema, inspirada en el texto de la ley y en altos principios de justicia social, ha establecido la doctrina de que la "culpa civil o cuasidelito es un hecho ejecutado o no con voluntad y malicia, que ha inferido daño a otro, quien tiene derecho a indemnización." (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo I, número 1054).

✓ "Las entidades de derecho público (como el Gobierno) y las personas jurídicas, no son capaces de cometer los

delitos o culpas que caen bajo la sanción del Código Penal, pero sí lo son de cometer culpas civiles, no ellas sino sus agentes o representantes legales, y por tanto, son responsables de los perjuicios que causen a las personas contra quienes se cometan." (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo II, número 614).

Dice el recurrente que se aplicaron erróneamente los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, disposiciones que consagran la responsabilidad por la culpa *aquilliana*, siempre que sea imputable.

Atrás se demostró que la culpa civil genera la obligación de pagar perjuicios, haya o no voluntad y malicia.

"El Título 34 del Libro 4° del Código Civil (sobre **responsabilidad por los delitos y culpas**), no se refiere solamente a las culpas de carácter criminal, sino a toda especie de culpas; pues varias de sus disposiciones tratan de culpas meramente civiles." (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo I, número 1056 bis).

En relación con el punto cuarto, se observa que la Corte, con argumentos incontrovertibles, ha establecido la doctrina de que incumbe la prueba de la diligencia o cuidado al que ha debido emplearlo.

"La prueba de la diligencia o cuidado incumbe en todo caso al que ha debido emplearlo, ya se trate de culpa contractual ya de culpa *aquilliana* o extracontractual. El artículo 1604, inciso 3°, del Código Civil, que tal regla establece, pertenece al Título 12 del Libro 4° de este Código, que trata del efecto de las obligaciones, e incluye en éstas las que provienen de un hecho que ha inferido injuria o daño a un tercero, de conformidad con el artículo 1494 del mismo Código, que determina la fuente de las obligaciones." (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo III, número 1027).

"Tratándose de culpa no contractual o culpa *aquilliana*, a que se refieren los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, es aplicable, *a fortiori*, lo que, para la prueba de la diligencia o cuidado, estatuye el artículo 1604 del citado Código respecto de la culpa contractual." (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo II, número 616).

Por lo que respecta al último punto, observa la Corte que no existe prueba de que García se hubiese expuesto al accidente imprudentemente. Por tanto, no se ha violado el artículo 2357 del Código Civil, según el cual "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente."

Error de derecho y de hecho en la apreciación de determinadas pruebas.

Primer motivo—Error de derecho.

Como al demandante—dice el recurrente—tocaba probar los hechos de la demanda, "lo primero que debe examinarse es si realmente está probado en los autos que Francisco García tomara en sus manos el alambre de extender ropa, que se dice estaba electrizado, o sea cuáles fueran los fundamentos probatorios que tuviera el Tribunal sentenciador para hallarlo acreditado, ya que si faltara dicha comprobación desaparecería nada menos que el punto básico primero o primordial que debe contemplarse en la cuestión debatida, comoquiera que todos los aspectos y consecuencias arrancan de él como su causa primera."

"No se remite a duda—dice el Tribunal—que el accidente sufrido por García el día dos de febrero citado, fue ocasionado por la corriente eléctrica que a la una de la tarde de ese día circulaba por los alambres de la Empresa, destinados a llevar luz a las habitaciones de aquella ciudad; y en cuanto al escape de la corriente

eléctrica del alambre conductor a las tejas metálicas del techo de la casa de García o del canal de la misma casa, y de allí al alambre o percha de donde se cogió el demandante, parece que no es de difícil comprobación, si se anota que la teja o lámina de cinc es un cuerpo conductor de electricidad, y a ese respecto se encuentran en autos los testimonios de José Joaquín Bernáte y José Joaquín Lara, hábiles en electricidad, que acudieron inmediatamente al lugar del siniestro, y quienes afirman que tanto en el techo de la casa como en la canal y ganchos que sostienen a ésta, circulaba corriente eléctrica en ese momento. Los testigos Luis Vanegas, Marcos Gómez, Antonio Espinosa, Heliodoro Gómez, Guillermo Vía y Tiburcio Roza sostienen que la corriente eléctrica motivó la enfermedad de García....."

Fundado el recurrente en la parte preinserta de la sentencia del Tribunal, afirma que éste incurrió en error de derecho al declarar probado el hecho de haber cogido García el alambre electrificado, puesto que los testigos que llegaron inmediatamente después del accidente declaran que encontraron al demandante tendido en el suelo y sin conocimiento, y que oyeron decir que ello provenía de una descarga eléctrica. Y agrega que sólo un testigo vio a García coger el alambre.

Se considera:

Un conjunto de pruebas, directas e indirectas, confluyen a probar el hecho de que García sí cogió el alambre electrificado. Los distinguidos médicos Rafael Motta Salas y José D. Arévalo certifican bajo juramento:

"Que el día dos de febrero del presente año (mil novecientos veinticinco), examinamos al señor don Francisco García, quien presentaba en el momento del examen una conmoción cerebral ocasionada por una descarga eléctrica."

Marcos Gómez afirma que fue testigo presencial del accidente, y que vio cuando García cogió el alambre. Un número plural de testigos concurrieron a la casa de García inmediatamente después del accidente, quienes lo encontraron tendido en el suelo y sin conocimiento. Aunque afirman que la causa del accidente provino de estar electrificado el alambre, agregan que ellos no vieron sino que oyeron decir que García cogió el alambre. Dos hábiles electricistas declaran que examinaron el alambre momentos después del accidente, y que lo encontraron electrificado.

Como se ve, el Tribunal no incurrió en el error de derecho de que habla el recurrente, ni la Corte tiene facultad para apreciar las pruebas citadas, en conformidad con la siguiente doctrina, que conviene mantener:

"Como el Tribunal es soberano en la apreciación de las pruebas del proceso, no puede atacarse una sentencia por error de hecho o de derecho a causa de que el juzgador haya estimado como suficiente una prueba que no lo es a juicio del recurrente." (Jurisprudencia de la Corte, tomo I, número 3260).

Segundo motivo—Errores de hecho evidente en la apreciación de determinadas pruebas.

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en evidentes errores de hecho en la apreciación de algunas pruebas:

1° Porque declaró que la incapacidad de García es total, absoluta, desechando claras pruebas que establecen una incapacidad relativa.

2° Porque sin existir prueba alguna condenó a la Compañía a pagar los gastos médicos y las medicinas que fue necesario emplear.

3° Porque el Tribunal dio por probado el hecho de que García tomó con las manos el alambre electrificado.

Se considera:

El Tribunal "condena a la Empresa de Energía Eléctrica de Honda a pagar a Francisco García, oportunamente, los daños que se causaron por razón de la conmoción eléctrica de que fue víctima el dos de febrero de mil novecientos veinticinco, los gastos médicos y las medicinas que fue necesario emplear, debido al accidente que sufrió, inclusive los perjuicios causados por la invalidez vitalicia que le ha quedado a García, procedente de la conmoción y electrocución de que dan cuenta los autos."

El Tribunal, como se observa, habla de invalidez vitalicia, de que dan cuenta los autos, sin calificarla de total o parcial. En la parte motiva de la sentencia, que habrá de tenerse en cuenta al evaluarse los perjuicios, el Tribunal aprecia, con toda nitidez, la naturaleza de la invalidez.

"Fuera de que muchas de las personas que depusieron en este asunto—dice el Tribunal—refieren el estado en que se encontraba García en la mañana del dos de febrero de mil novecientos veinticinco, y el estado en que quedó después del suceso, los médicos, doctores Motta Salas y Arévalo, en exposiciones juradas, relatan ese mismo estado, e indican las lesiones orgánicas vitalicias con que quedó el demandante García por razón a la conmoción eléctrica de que fue víctima. Además de la inspección ocular practicada por el señor Juez del conocimiento, con intervención de los peritos doctores Camilo Tavera, Rafael Motta Salas y Carlos Aguirre Plata, en la persona del demandante, a los diez y siete meses y once días de haber ocurrido el desgraciado suceso (trece de julio de mil novecientos veintiséis), aparece que García sufre una lesión funcional, que consiste en una pequeña limitación de los movimientos de elevación y circulación del miembro superior derecho, tráqueo, en la circulación del hombro, que se observa al tacto y al oído, y una limitación de los movimientos de supinación del antebrazo del mismo lado, que pueden ser explicables estos últimos por la luxación interna del puño."

Y más adelante observan que hay una incapacidad relativa en el señor Francisco García para su trabajo profesional, que es el de la joyería.

Al apreciar globalmente el Tribunal la prueba testimonial, dedujo los perjuicios provenientes del pago de médico y medicamentos. En el juicio, además, existe un certificado de los doctores Motta Salas y Arévalo, ratificado bajo juramento, en el cual expresan estos dos distinguidos médicos que el dos de febrero de mil novecientos veinticinco examinaron al señor García.

El reparo consistente en que en autos no hay prueba de que García tomase con las manos el alambre electrificado, está suficientemente tratado atrás, de suerte que no hubo el error evidente de que trata el recurrente.

Merced a 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, decide:

1° No es casable la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Ibagué el siete de abril de mil novecientos treinta.

2° Se condena en costas a la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero nueve de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Al Juez 2º del Circuito de Cali, Departamento del Valle, correspondió conocer del juicio ordinario que el señor José Joaquín Gamboa inició para que con audiencia del señor Miguel Calero S. se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que no existe ni ha existido el contrato de mutuo de cuatro mil pesos (\$ 4,000) oro legal a favor de Miguel Calero S. y a cargo mío, de que trata la escritura número 507, de 7 de mayo de 1925, extendida en la Notaría primera de este Circuito Notarial;

"b) Que igualmente no existe ni ha podido existir el contrato accesorio de la hipoteca de que trata la misma escritura;

"c) Que consecuentemente se ordene la cancelación de dichos contratos y la cancelación de dicha escritura y sus registros;

"d) Que se condene al mismo señor Calero S. al pago de las costas si afrontare este pleito."

En apoyo de esta demanda el actor relacionó los siguientes hechos:

"1º Mi hijo Guillermo Gamboa era empleado en el almacén del señor Miguel Calero S. y se ocupaba especialmente en llevar la contabilidad de dicho establecimiento.

"2º El señor Calero S. hacía algunas introducciones o importaciones de carácter fraudulento, con lo cual aleccionó a mi mentado hijo en el fraude, hasta que un día mi hijo cayó en la tentación y en una forma u otra dispuso de parte de ese fraude perteneciente al señor Calero S.

"3º Como mi hijo fuese amenazado por el señor Calero, éste me propuso le garantizara la cantidad de cuatro mil pesos (\$ 4,000) oro legal, con la hipoteca de mi finca ubicada en el Distrito de Restrepo, dándole al contrato principal la forma supuesta de un mutuo.

"4º Sin conocer los antecedentes que dejo relatados y estando yo en la creencia de que mi hijo Guillermo había lesionado los intereses legítimos del señor Calero S., en mi carácter de padre quise protegerlo, y esa protección dio por resultado que yo me declarase deudor a título de mutuo del señor Calero, por la cantidad de cuatro mil pesos (\$ 4,000) oro, en los términos dichos, sin haber recibido yo cantidad alguna.

"5º La finca hipotecada para garantizar el supuesto mutuo, tiene los siguientes linderos: Oriente, quebrada al medio, con fincas de Juan Gregorio Franco y Moisés Bermúdez; Norte, rastrojos al medio, con el camino que conduce a Zabaletas; y por el Sur, con fincas de Froilán Ramírez, Belisario Herrera e Ismael Salazar, río Calimita al medio.

"6º Yo no tenía conocimiento de que contratar o transigir sobre un delito doble cometido por el señor Calero, por una parte, y por mi hijo, por otra, estaba y está prohibido por la ley.

"7º Para firmar el contrato de que habla la escritura número 507, no busqué al señor Calero sino que él se valió primero de otras personas, y después me llamó en los términos de la carta de 6 de mayo de 1925."

Como fundamentos de derecho alegó los siguientes:

"Solamente los contratos legalmente celebrados son leyes para las partes y obligan a su cumplimiento (artículo 1602 del Código Civil).

"Para que una persona se obligue a otra, es necesario, además de otros requisitos, que su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga la obligación sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita (artículo 1502 ibidem).

"En los contratos prohibidos por las leyes, como cuando se contraviene al derecho público, hay un objeto ilícito y dichos contratos no pueden producir efectos (artículos 1519, 1523 y 1524 ibidem).

"Por otra parte, el mutuo es un contrato real, que se perfecciona por la entrega de la cosa, de suerte que no hay préstamo y consecuentemente obligación de pagar o restituir, si no ha habido entrega por parte del acreedor (artículos 2221 y 2222 del Código Civil).

"Bien sea que el mutuo se considere en sí o como resultado de una novación o transacción, no puede producir ningún efecto si sus requisitos esenciales no han sido cumplidos."

Admitida dicha demanda y antes de que fuera contestada por el demandado, el actor la corrigió para que después del punto d) de aquélla se tuvieran como hechas estas peticiones:

"Que es nulo y debe rescindirse por esa causa, el contrato contenido en la escritura 507 de fecha 7 de mayo de 1925, tanto el principal de mutuo como el accesorio de hipoteca que lo asegura, por causa de fuerza empleada contra el deudor hipotecario para inducirlo a celebrar esas convenciones.

"Que como consecuencia de esa rescisión, ambas partes deban ser restituidas a la situación anterior existente antes de la celebración de esos actos."

Fundóse esta corrección en los siguientes hechos:

"1º El supuesto acreedor, señor Calero S., obtuvo de parte de mi mandante el que le firmara esos contratos, amenazándolo con que si no lo hacía, denunciaba a su hijo por haberle robado, hurtado o estafado dineros o bienes, y mi mandante, bajo la presión de esa amenaza, guiado por sus sentimientos paternos, con el único móvil de evitar los planes del señor Calero, no tuvo otro medio de evitar el poner su firma en ellos. Eso está probado suficientemente en la relación de lo declarado por el señor Calero en las posiciones que rindió en relación con su carta autógrafa que figura en los autos."

Admitida la corrección, se dio traslado de ella con la demanda primitiva al demandado, quien la contestó negando el derecho del demandante, y en cuanto a los hechos dijo:

"El hecho primero: Es cierto.

"El hecho segundo: Es falso y como tal cosa afirmo, considero que la parte actora tiene la obligación ineludible de probarlo.

"El hecho tercero: No es cierto. Como el señor Guillermo Gamboa adeudada, por razones que yo quisiera callar, la suma de cuatro mil pesos, su padre, que es el actor, la tomó en préstamo y la garantizó con la hipoteca. Esta es la verdad y toda la verdad.

"El hecho cuarto: No es cierto. Lo ocurrido es como he relatado por mí sintéticamente al contestar el número 407.

anterior. Es verdad que el señor Calero materialmente no entregó al señor Gamboa la suma de cuatro mil pesos, pero también es cierto que el señor José Joaquín Gamboa ofreció tomar esa cantidad que adeudaba su hijo Guillermo, y por esa razón se efectuó la operación que consta en la escritura pública, en virtud de la cual Guillermo Gamboa dejó de ser deudor del señor Miguel Calero, sustituyéndolo su padre señor José Joaquín Gamboa, quien recibió esa cantidad en mutuo o préstamo.

"El hecho quinto: Es falso en cuanto a lo del supuesto y es cierto en relación con los linderos de la finca hipotecada.

"El hecho sexto: No puedo afirmar ni negar lo que sabe o ignora el señor José Joaquín Gamboa, porque ello es un hecho del dominio de dicho señor.

"El hecho séptimo: No es cierto. El señor Calero llamó al señor Gamboa no fue para celebrar ese contrato sino para ponerlo en conocimiento de algún hecho ejecutado por su hijo.

"Y como entre el señor José Joaquín Gamboa y el señor Miguel Calero S. se celebró legalmente un contrato, como esas personas eran legalmente capaces y como el contrato fue lícito, debe darse cumplimiento estricto por parte del señor Gamboa.

"Las razones de derecho alegadas por el actor a nada conducen.

"En cuanto al hecho fundamental de la corrección a la demanda, digo: No es exacto. El señor Gamboa obró de manera voluntaria, consciente de lo que hacía y de sus consecuencias. La historia del asunto la he consignado yo al contestar el hecho tercero."

Adelantado el juicio por la tramitación que le correspondía, el Juez le puso término con la sentencia de fecha trece de agosto de mil novecientos veintiocho, en que absolvió al demandado tanto de los cargos de la demanda principal, como de los de la subsidiaria.

De este fallo apeló el apoderado de la parte demandante para ante el Tribunal Superior de Cali, quien, previa la actuación de segunda instancia, dictó la sentencia de fecha veinticuatro de julio de mil novecientos veintinueve, por la cual confirmó la del Juez, aunque por motivos diferentes.

Contra esta sentencia interpuso el demandante recurso de casación, que la Corte encuentra admisible y pasa a estudiar.

Se alegó la primera causal con tres cargos al fallo del Tribunal.

Primer cargo. Tanto al interponerse el recurso ante el Tribunal como al ampliarlo en la Corte, se fundó dicha causal en que al desconocer el sentenciador la personalidad del demandante para todo lo demandado, interpretó erróneamente el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, e indirectamente lo violó dándole aplicación indebida al caso del pleito, por estos motivos:

Primero. Porque la demanda plantea dos cuestiones: una principal sobre inexistencia del contrato de mutuo y otra subsidiaria sobre nulidad o rescisión del mismo contrato por causa de nulidad relativa producida por un vicio de fuerza en el consentimiento. Que el Tribunal profirió una sentencia totalmente absolutoria en que sienta la doctrina de que la omisión de la entrega del dinero materia del mutuo y la violencia en el consentimiento son causas de nulidad absoluta, y que como el demandante señor Gamboa intervino en el contrato ma-

teria de la litis, no puede alegar esas nulidades, lo que es erróneo, porque, aunque se ha alegado en el caso de autos que se omitió el requisito o formalidad indispensable para la perfección del contrato de mutuo, o sea la entrega del dinero, y obra en autos confesión del demandado, y aunque se considere también que es lo mismo demandar la inexistencia de un contrato que la nulidad absoluta del mismo, como lo ha dicho la Corte últimamente, al demandante señor Gamboa no se le puede aplicar la sanción establecida en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, porque él establece una sanción penal, y no siendo el mutuuario la parte que debe entregar el dinero en el mutuo, no es el demandante citado el que debe soportar las consecuencias de esta omisión, o la pérdida de su derecho, estando colocado en campo diametralmente opuesto al de la otra parte.

Segundo. Porque la disposición citada establece que no puede pedir la anulación del acto o contrato el que lo ejecutó o celebró sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, lo que implica que no a todos se les aplica la disposición, sino a los que conociendo el vicio proceden sin embargo a la consumación del contrato; y que por el solo hecho del otorgamiento de la escritura y de su firma no puede concluirse que el contratante Gamboa conociera el vicio de la omisión en la entrega del dinero, ya que ésta pudo verificarse después. Que el conocimiento del vicio debe ser el tiempo del contrato y bien puede darse el caso de que el mutuuario no sepa que no se le entrega el dinero.

Se observa:

En el libelo primitivo se demandó la inexistencia tanto del contrato de mutuo como del de hipoteca contenidos en la escritura número 507 de siete de mayo de mil novecientos veinticinco, otorgada en la Notaría de Cali; en la adición a dicha demanda se pidió la nulidad o rescisión de los mismos contratos por haber ocurrido fuerza en el consentimiento de una de las partes al celebrarlos. La sentencia del Tribunal fue totalmente absolutoria y para fundar esta absolución total el sentenciador razonó así:

"Por medio de la escritura pública número 507 de 7 de mayo de 1925, el señor José Joaquín Gamboa constituyóse deudor del señor Miguel Calero, a título de mutuo, por la cantidad de cuatro mil pesos oro legal, cantidad que dijo el mutuuario haber recibido a su entera satisfacción.

"Atácase ahora esta escritura alegando que el consentimiento del otorgante Gamboa estuvo viciado de nulidad porque obró la fuerza de su contrario en el acto del otorgamiento, y el consentimiento es requisito esencial para la validez del convenio. En otros términos, inténtase obtener la anulación de la escritura de que se ha hecho mérito y para esto se invocan los artículos 1502, 1508, 1513 y 2222 del Código Civil.

"Verdad es que de acuerdo con el artículo 1740 del Código Civil, es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su esencia y la calidad o estado de las partes. También es cierto que entre las causales que pudieran alegarse para conseguir la nulidad absoluta de un contrato, figuran las señaladas por el actor, como que la fuerza es uno de los vicios de que puede adolecer el consentimiento, y la tradición de la cosa que se da en mutuo determina el perfeccionamiento del contrato. Mas, no es suficiente que existan las nulidades absolutas para que la parte las pueda alegar en

juicio, sino que es menester que quien las demande no haya intervenido en la ejecución del acto o contrato que se tacha de nulo, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo afectaba. Obsérvese, en el caso presente, que es uno de los otorgantes el que ha pedido la rescisión del contrato de mutuo y del accesorio de hipoteca. De modo que, habiendo sido Gamboa uno de los otorgantes de la escritura número 507 citada, carece de personería para promover la acción a que alude su libelo, ya que es presumible que debía conocer los vicios que podían invalidarla...."

Observa la Corte que si se tiene en cuenta la primera acción instaurada y que una y otra parte dicen que el contrato principal de mutuo no tuvo causa por no haberse entregado el dinero materia de él, el concepto del Tribunal por este aspecto no es erróneo, porque entonces se trataría de una nulidad por falta de causa, de acuerdo con lo establecido en el inciso 1º del artículo 1741 y en el 1524 del Código Civil, es decir, de la falta de uno de los elementos esenciales para que haya contrato, en consideración a su naturaleza, no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o celebran, lo que acarrearía nulidad absoluta en el contrato de mutuo y consecuentemente en el accesorio de hipoteca, la que no podía alegar Gamboa por haber intervenido como parte en ellos. Por este aspecto el juzgador no podía ni puede entrar a estudiar dichos contratos en cumplimiento del artículo 15 de la Ley 95 de 1890.

Pero como el demandante ejercitó también con el carácter de subsidiaria la acción de nulidad por haberse empleado fuerza en la celebración de aquellos dos contratos, a este vicio no puede aplicarse la prohibición contenida en la última disposición citada, porque, en regla general, la fuerza no destruye el consentimiento sino que lo vicia. En la acción subsidiaria no se ha alegado que hubiera faltado absolutamente el consentimiento por parte del contratante Gamboa para que por ello se tratara de una nulidad absoluta por falta de uno de los elementos esenciales de todo contrato. Se alegó apenas que el consentimiento de Gamboa fue dado bajo una presión o amenaza que lo vició, o sea, de una causa que produce únicamente nulidad relativa, porque conforme al aforismo de derecho *coacta voluntas est etiam voluntas*; porque precisamente en caso de fuerza es la víctima de ella quien puede hacerla valer; porque la disposición del artículo 15 de la Ley 95 de 1890 se refiere a los casos que taxativamente enumeran los incisos 1º y 2º del artículo 1741 del Código Civil, cuyo inciso último establece que cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato; porque el contrato celebrado por Gamboa es saneable por ratificación o por el transcurso del tiempo; y en último término, porque si fuera exacto el dilema que pone la parte opositora de que cuando hay vicio en el consentimiento sólo puede existir nulidad absoluta, o que no ha habido contrato, quedarían por fuera los casos de error y dolo que no vician siempre y de modo total el consentimiento, según lo prevé el artículo 1508 del Código Civil.

A lo demandado en subsidio no puede, pues, aplicarse la prohibición establecida en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890. Por consiguiente, al hacer extensiva el Tribunal dicha disposición al caso de fuerza que no destruye totalmente el consentimiento, incurrió en error de derecho, con lo cual violó tanto ese precepto legal como el de los artículos 1508, 1741, inciso último; 1743 y 1750 del Código Civil, el primero, por indebida aplicación y los de-

más, por no haberlos aplicado, lo que daría lugar a casar la sentencia, si apareciera probada la fuerza que se alega, en los términos de la ley. Caso de no estarlo, sólo habrá lugar a rectificar la doctrina que establece el fallo, sin casarlo, por llegar la Corte a la misma conclusión que el Tribunal por otros motivos (inciso 6º del artículo 6º de la Ley 90 de 1920).

En esa acción subsidiaria se demandó la nulidad del contrato de mutuo y del accesorio de hipoteca contenidos en la escritura número quinientos siete (507) de siete de mayo de mil novecientos veinticinco (1925), Notaría de Cali, por haber intervenido fuerza de parte de uno de los contratantes, o sea, de parte del acreedor Calero.

Conforme al artículo 1513 del Código Civil, la fuerza, sea material o moral, no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. "Se mirará como fuerza de este género—dice la misma disposición—todo acto que infunda a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte, sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave."

De acuerdo con esta disposición, hay que considerar la fuerza en sí misma y en relación con la persona sobre la cual se ejerce.

En orden al acto mismo de la fuerza, si bien los expositores admiten que no es necesario que se realice el acto material de ella, sino que puede ser suficiente la amenaza, ésta debe ser de tal naturaleza que inspire a la persona amenazada un vivo temor de verse expuesta ella, su consorte, sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave, capaz de quitarle su libertad de decisión en el acto del contrato. (V. Planiol y Ripert. Tratado de Derecho Civil Francés. De las obligaciones. Tomo VI, página 255).

Baudry Lacantinerie cita el caso de que un marido sorprenda a su mujer en in flagranti delito de adulterio y con arma en mano amenaza de muerte al cómplice si no le suscribe un pagaré en que reconozca una indemnización a título de préstamo, y en que se coloca al segundo en situación de firmar tal compromiso o de morir. Dice este autor que comprobados esos hechos, el Juez, sobre la demanda de nulidad del compromiso presentada por el cómplice, no vacilará en reconocerla. (Précit de Droit Civil. Tomo II, página 560). Lo cual quiere decir que no toda amenaza o intimidación es suficiente para decretar la nulidad de un contrato.

Por lo que hace a la persona víctima de la fuerza, se exige que sea una persona de sano juicio atendida su edad, sexo y condición, pues es claro que el temor no impresiona lo mismo a un varón fuerte y sano que a un enfermo o a una mujer, sin que ello quiera decir que el primero no pueda ser susceptible de sufrir una presión moral o material que vicie su consentimiento, siempre que así se compruebe.

Sentados estos principios, resta ver las condiciones del caso concreto de que se trata.

De autos aparece que con fecha seis de mayo de mil novecientos veinticinco, Miguel Calero S. dirigió a José Joaquín Gamboa la siguiente carta que su autor reconoció en este juicio:

"Señor don Joaquín Gamboa—Presente.

"Muy señor mío:

"Deseo hablar con usted antes de que se regrese a Restrepo, para decirle toda la dura y amarga verdad, en

lo que se relaciona con su hijo Guillermo, ya que el señor doctor Irigorri Isaacs y don Ezequiel no se resolvieron a decirselo.

"Soy de usted atento; seguro servidor,

"Miguel Calero S."

En las posiciones que Miguel Calero absolvió a petición de Gamboa ante el Juez 1º del Circuito de Cali el seis de febrero de mil novecientos veintiséis, Calero confesó que Gamboa concurrió a la casa del primero en la noche del mismo día en que aparece fechada la carta anterior, y que como resultado de la conferencia que allí tuvieron los dos; al día siguiente, siete del mismo mes y año, Gamboa le suscribió la escritura número quinientos siete (507), de la Notaría de Cali, en la cual Gamboa se reconoció deudor de Calero S. por la suma de cuatro mil pesos (\$ 4,000) moneda corriente, a título de mutuo, con plazo de diez y ocho meses, sin intereses durante él, y con la seguridad hipotecaria de una casa y unas plantaciones de pastos y cafetales puestos por Gamboa en terrenos baldíos situados en el punto de Calimita, del Distrito de Restrepo, por los linderos que determina dicha escritura. En las mismas posiciones se interrogó a Miguel Calero S. (posición sexta), así:

"Diga cómo es cierto el absolvente para obtener que el preguntante le otorgara la escritura de hipoteca a que alude la dicha escritura número 507, le hizo saber que debía hacerlo para que su hijo Guillermo no fuera a la cárcel y evitarse así un mal irreparable y grave." A lo cual Calero contestó: "Es cierto y aclaro que el señor José Joaquín Gamboa fue a mi casa de habitación voluntariamente, es decir, sin ser llamado por mí, para manifestarme que sabiendo que su hijo me había robado una suma mayor, él iba a decirme que se hacía responsable por la suma de cuatro mil pesos (\$ 4,000) para pagármelos él y librar así a su hijo de ir a la cárcel, pero que como no tenía la expresada suma en el momento, iba él a garantizarme la responsabilidad de esa deuda con la hipoteca de una finca que posee en el Distrito de Restrepo. Este hecho tuvo lugar en la noche del 6 de mayo de 1925 en mi casa de habitación, a donde, como he dicho, ocurrió él voluntariamente." En la posición séptima se le interrogó así: "Como es cierto, el preguntante no ha recibido del absolvente por causa del contrato a que se refiere la escritura citada antes, ni un solo centavo, y por consiguiente no ha habido tal préstamo, y tal escritura por lo mismo no contiene un hecho cierto y verdadero." A lo cual Calero contestó: "Es cierto y aclaro: como lo he dicho en mi respuesta anterior, yo no he entregado al preguntante la expresada suma en dinero efectivo sino que él voluntariamente aceptó la responsabilidad y pago de dicha suma en los términos de la respuesta anterior."

Posteriormente en el término de prueba de este juicio se volvió a interrogar a Miguel Calero S. en esta forma:

"Posición segunda). ¿Diga cómo es cierto si o nó, y yo lo afirmo, que, cuando hubo la entrevista entre el señor Gamboa y el absolvente, por la noche del mismo día en que fue escrita la carta del seis de mayo de mil novecientos veinticinco, el absolvente manifestó al señor Gamboa que su hijo Guillermo, que venía siendo su dependiente, le había robado una fuerte suma de dinero y que la única manera de evitar el escándalo, la vergüenza y la cárcel contra el hijo, era que su padre se comprometiera a responder por una suma hasta donde fuera posible equivalente a lo que el absolvente decía

que le había sido robada?" Calero contestó: "No es cierto y aclaro: que en la entrevista de que se trata en esta pregunta, cuando el señor Gamboa acudió a ella, ya él tenía conocimiento de que su hijo me debía algún dinero de pago inmediato, por cuyo motivo él (el señor Gamboa padre), me ofreció espontáneamente pagarme esa deuda, dándome en prenda o garantía una de sus propiedades. Advierto también que el señor Gamboa vino espontáneamente de Restrepo con el fin indicado."

Posición tercera. "Diga el absolvente, ¿cómo es cierto, si o nó, y yo lo afirmo, que como resultado de esa entrevista tenida entre el señor Gamboa y el absolvente el día seis de mayo de 1925 por la noche, al día siguiente, siete de mayo de 1925, se extendió la escritura de préstamo con hipoteca, número 507, de 1925?" Calero contestó: "Es cierto. Pero aclaro que no fue como resultado de la entrevista en la forma dada en la pregunta respectiva, sino en virtud de reconocimiento que el señor Gamboa hizo de la deuda y sin que mediaran extorsiones de mi parte.

El Juez sostiene que la confesión de Calero en la sexta de las primeras posiciones que absolvió en 1925, es explicada, y que el confesante la aclaró satisfactoriamente, y que por consiguiente no aparece comprobado que Calero empleara fuerza sobre Gamboa para obtener que firmara el contrato de mutuo con la hipoteca de que habla la escritura número quinientos siete (507) antes citada.

Por su parte el recurrente sostiene en extenso y erudito alegato que tal confesión es divisible, porque la aclaración agregada por el absolvente es separable del hecho principal una vez que constituye un hecho distinto de aquél y la debió comprobar Calero, como lo exige el artículo 568 del Código Judicial, lo sostienen numerosos expositores de Derecho y ha sido reconocido por la jurisprudencia de otros países; que aunque se admitiera que Gamboa concurrió voluntariamente a la casa de Calero a la conferencia del seis de mayo de 1925 por la noche, siempre existe el hecho de que Calero lo intimidó para que suscribiera el contrato de mutuo con el accesorio de hipoteca.

La Corte observa:

Gamboa concurrió voluntariamente a la conferencia con Calero, pero no como el último lo afirma, de que hubiera sido sin llamamiento suyo, porque la carta antes transcrita establece lo contrario. Tampoco comprobó Calero la otra circunstancia agregada a su confesión, o sea que cuando Gamboa fue a la conferencia, ya tenía conocimiento de que su hijo "le debía a Calero una suma de pago inmediato," como lo sostiene el último en las segundas posiciones, y que por esto Gamboa reconoció la deuda con la garantía hipotecaria. Contradicha la primera aclaración y no comprobada la segunda, queda en pie el hecho principal confesado, o sea, que Calero dijo a Gamboa que debía firmar la escritura del contrato para evitar que su hijo Guillermo fuera a la cárcel.

Pero aunque se tome tal confesión en relación con lo expresado por Calero a Gamboa en la carta del seis de mayo, o sea, que en la conferencia de la noche del mismo día y en esa carta, el primero hizo al segundo una especie de intimidación para que reconociera al día siguiente la deuda de los cuatro mil pesos (\$ 4,000) con la garantía hipotecaria, materia de la nulidad demandada, a juicio de la Corte tal amenaza no es suficiente para

anular los contratos de que se viene hablando, por estos motivos:

1º Porque, si como dice el artículo 1513 del Código Civil, por regla general la fuerza no vicia el consentimiento, cuando se trata de la excepción debe ésta probarse plenamente.

2º Porque no aparece que dicha amenaza hecha por Calero a Gamboa hubiera sido de naturaleza tal que hubiera dejado al último sin manera de adoptar otra determinación que la de suscribir los contratos, lo que es indispensable para concluir que obró bajo la presión de un mal irreparable y grave, como lo requiere la doctrina de los tratadistas. Aparece que esa presión se hizo a Gamboa en la noche del día anterior al en que se firmaron los contratos, lo que le dejó algún tiempo para resolverse a suscribirlos.

3º Porque en tales circunstancias dicha amenaza tiene un carácter equívoco, y a falta de prueba clara en contrario, puede tomarse como simple medio de convicción o persuasión empleada por Calero S. para que Gamboa optara por aceptar los contratos y evitar que su hijo se sometiera a una investigación y posible sanción de la autoridad. La confesión de Calero S. de haber hecho a Gamboa tal amenaza implicaría entonces, de parte del primero, una advertencia de aquellos posibles males, y el reconocimiento de la deuda con la garantía hipotecaria, de parte de Gamboa, un acto, no sólo justo sino plausible en un hombre honrado y por lo mismo exento de nulidad, ya que no sería sino el reconocimiento de una indemnización.

4º Porque existiendo esa duda sobre el alcance de la amenaza de Calero S. en los actos que precedieron al día del otorgamiento de los contratos por parte de Gamboa, hay que resolverla en favor del demandado Calero, conforme a los principios en materia de pruebas.

5º Porque no hay tampoco en autos prueba de que por un lado, el contratante Gamboa sea una persona que por sus condiciones personales especiales hubiera podido decidirse a suscribir aquellos compromisos con la sola prevención de Calero de que el hijo de aquél podía ir a la cárcel; ni de otro, que Calero, por sus antecedentes y condiciones personales también, fuera persona de inspirar vivo y serio temor a Gamboa si no accedía a sus pretensiones. Esas pruebas habrían sido decisivas en el particular, como lo exige la ley y lo anotan los expositores; y

6º Porque si fuera cierto que al firmar Gamboa los contratos en debate se propuso evitar el conocimiento público de los hechos atribuidos a su hijo, no habría promovido esta controversia.

Todo lo anterior inclina a la Sala a decidir, después de madura meditación, que no se está en el caso de reconocer que en los contratos materia de la demanda subsidiaria hubiera intervenido fuerza material o moral bastante a viciarlos de nulidad relativa, y por esos motivos llega a la misma conclusión a que llegó el Tribunal para no reconocer tal vicio, y por consiguiente para no casar la sentencia materia del recurso.

En tal virtud, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar y no infirma la sentencia de fecha veinticuatro de julio de mil novecientos veintinueve, proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el presente juicio.

No hay costas en el recurso (numeral 2º, artículo 6º, Ley 39 de 1921, y numeral 6º, artículo 12 de la Ley 90 de 1920).

Notifíquese, cópiese, publíquese en el órgano de la Corte y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Tancredo Nannetti.

En la oportunidad debida manifesté mi impedimento legal para conocer de este negocio, de suyo delicado para mí, por ser mi hijo Guillermo Nannetti apoderado del señor José Joaquín Gamboa en el recurso de casación. Desgraciadamente la parte a quien interesaba mi retiro allanó expresamente el impedimento, haciendo con ello una venia a la rectitud del Magistrado, pero poniéndome al mismo tiempo en una situación embarazosa que sube de punto por hallarme en desacuerdo con la mayoría de mis colegas de la Sala, y verme forzado, en consecuencia, a salvar el voto.

Ante la ley y mi conciencia jurídica, he hallado faltas las razones de la mayoría de la Corte para absolver al señor Miguel Calero de los cargos de la demanda, mejor dicho, para declarar que éste no empleó la coacción moral con el fin de obtener del señor Joaquín Gamboa la firma de la escritura número 507 de mayo de 1925, otorgada en Cali, por la cual Gamboa se constituyó deudor de Calero por cuatro mil pesos y le hipotecó su finca de campo, situada en el Municipio de Restrepo.

Dice el artículo 1513 del Código Civil:

“La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.”

Los datos que arroja el expediente son de una claridad deslumbradora para establecer que don José Joaquín Gamboa, quien no recibió el dinero que dice en la escritura deber al señor Calero, obró bajo el justo temor, infundido por éste, de ver expuesto a su hijo, si no otorgaba tal escritura, a un mal irreparable y grave.

Vivía Gamboa en su finca de campo situada en el Municipio de Restrepo, y estando de paso en Cali recibió esta carta de Calero:

“Cali, mayo 6 de 1925

“Señor don Joaquín Gamboa—Presente.

“Muy señor mío:

“Deseo hablar con usted antes de que se regrese a Restrepo, para decirle toda la dura y amarga verdad en lo que se relaciona con su hijo Guillermo, ya que el señor doctor Irigorri Isaacs y don Ezequiel no se resolvieron a decirse la.

“Soy de usted atento, seguro servidor,

“Miguel Calero”

Ese mismo día al anochecer concurre Gamboa a casa de Calero, y lo que ocurrió entre los dos nos lo dice este

último en las posiciones que rindió el 6 de febrero de 1926, al contestar la pregunta sexta, concebida así:

"Diga cómo es cierto el absolvente (Calero) para obtener que el preguntante (Gamboa) le otorgara la escritura de hipoteca a que alude dicha escritura número 507, le hizo saber que debía hacerlo para que su hijo Guillermo no fuera a la cárcel, y evitarse así un mal irreparable y grave."

Contestó Calero a la sexta:

"Es cierto y aclaro que el señor José Joaquín Gamboa fue a mi casa de habitación voluntariamente, es decir, sin ser llamado por mí, para manifestarme que sabiendo que su hijo me había robado una suma mayor, él iba a decirme que se hacía responsable por la suma de cuatro mil pesos para pagármelos él y librar así a su hijo de ir a la cárcel, pero que como no tenía la expresada suma en el momento, iba él a garantizarme la responsabilidad de esa suma con la hipoteca de una finca que posee en el Distrito de Restrepo. Estos hechos tuvieron lugar en la noche del seis de mayo de 1925, en mi casa de habitación, a donde, como he dicho, ocurrió él voluntariamente. Leída, la aprobó."

De esta respuesta se desprende con nitidez meridiana que para obtener Calero que Gamboa le otorgara la escritura de hipoteca materia del pleito, le hizo saber que debía hacerlo para que su hijo Guillermo no fuera a la cárcel, y evitarse así un mal irreparable y grave.

La aclaración consistente en que Gamboa fue voluntariamente a casa de Calero sin ser llamado, queda desvirtuada con la carta que se transcribió atrás y en la cual consta que Calero se dirigió a Gamboa el mismo día seis de mayo de 1925, diciéndole que deseaba hablar con él antes de regresar a Restrepo, para decirle toda la dura y amarga verdad en lo que se relaciona con su hijo Guillermo, ya que el doctor Iragorri Isaacs y don Ezequiel no se resolvieron a decírsela.

Al día siguiente Gamboa otorgó la escritura.

La mayoría de la Sala admite que a pesar de las aclaraciones de Calero queda en pie el hecho principal confesado, o sea que Calero dijo a Gamboa que debía firmar la escritura del contrato para evitar que su hijo Guillermo fuera a la cárcel.

Ante semejante dilema: o la firma de la escritura, o el deshonor, la vergüenza y la cárcel para su hijo, no cabe duda de la presión fulminante sobre el corazón de un padre, de la amenaza hecha a éste de un mal irreparable y grave para su descendiente, si no entregaba a Calero parte considerable de su patrimonio como resarcimiento de un daño de que Gamboa no era responsable.

Y sin embargo la Corte no ve la fuerza en este acto:

"1º Porque si como dice el artículo 1513 del Código Civil, por regla general la fuerza no vicia el consentimiento, cuando se trata de la excepción debe estar probada plenamente."

A esto observo que la respuesta de Calero a la posición sexta que se deja transcrita, esto es, que es cierto que para obtener la escritura le hizo saber a Gamboa que debía hacerlo para que su hijo Guillermo no fuera a la cárcel, es la prueba completa de la excepción, esto es, que no se trata de una fuerza cualquiera sino de aquella capaz de infundir a una persona un justo temor de verse expuesta ella o alguno de sus descendientes a un mal irreparable y grave,

"2º Porque aparece que esta presión se hizo a Gamboa en la noche del día anterior al en que se firmaron los contratos, lo que le dejó algún tiempo para resolverse a suscribirlos."

Observo que la coacción moral, la amenaza de la cárcel para el hijo, no cesó durante la noche que debió ser aciaga para el padre, constreñido a escoger únicamente entre dos caminos: o la deshonra y la cárcel para el hijo, o la pérdida de su finca, fundada por su esfuerzo personal durante varios años.

Continúa la Sala:

"3º Porque en tales circunstancias dicha amenaza tiene un carácter equivoco, y a falta de prueba clara en contrario, puede tomarse como simple medio de convicción o persuasión empleada por Calero S. para que Gamboa optara por aceptar los contratos y evitar que su hijo se sometiera a una investigación y posible sanción de la autoridad. La confesión de Calero S. de haber hecho a Gamboa tal amenaza, implicaría entonces, de parte del primero, una advertencia de aquellos posibles males, y el reconocimiento de la deuda con la garantía hipotecaria, de parte de Gamboa, un acto, no sólo justo sino plausible en un hombre honrado, y por lo mismo exento de nulidad, ya que no sería sino el reconocimiento de una indemnización."

Estoy en desacuerdo absoluto con este considerando, pues admitir que la alternativa en que Calero puso a Gamboa de otorgarle una escritura por suma que éste no le debía, y asegurarle la supuesta deuda con la hipoteca de su finca de campo; o, en caso de no hacerlo, la cárcel y la deshonra para su hijo, fue una simple advertencia, equivale a destruir en todo caso el concepto de la fuerza que vicia el consentimiento. Con la misma lógica podría decirse que un individuo que le pone a otro una pistola en el pecho amenazándolo con matarlo si no le firma un testamento o un documento cualquiera, le advierte simplemente que la omisión en la firma puede costarle la vida. Quien desea conservarla, aprovecha la advertencia, y firma contra su voluntad el testamento.

Sigue la Sala:

"5º Porque no hay tampoco en autos prueba de que por un lado, el contratante Gamboa sea una persona que por sus condiciones personales especiales hubiera podido decidirse a suscribir aquellos compromisos con la sola prevención de Calero de que el hijo de aquél podía ir a la cárcel; ni de otro, que Calero, por sus antecedentes y condiciones personales también, fuera persona de inspirar vivo y serio temor a Gamboa si no accedía a sus pretensiones. Esas pruebas habrían sido decisivas en el particular, como lo exige la ley y lo anotan los expositores."

A mi entender, basta la prueba de que se trataba de un padre amenazado con la cárcel y el deshonor de su hijo, esto es, de un mal irreparable y grave, para quien lleva su sangre y su apellido, para medir la magnitud de la amenaza, para darse cuenta de la enormidad de la coacción moral ejercida sobre un padre para obtener la firma de la escritura que exigía Calero.

Y concluye el fallo:

"6º Porque si fuera cierto que al firmar Gamboa los contratos en debate se propuso evitar el conocimiento público de los hechos atribuidos a su hijo, no habría promovido esta controversia."

Precisamente el hecho de este pleito demuestra que en el ánimo de Gamboa no obró la consideración moral de

que estuviera obligado a pagar una suma a título de indemnización por hechos delictuosos de su hijo, como se supone en la sentencia; fue el temor de ver a éste deshonrado y expuesto a ir al presidio lo que determinó un acto que después fue inútil porque ese mal no pudo evitarse, como se desprende de la publicidad de los autos.

En las razones que dejo expuestas fundo mi salvamento de voto, con el cual, no sin pena, me aparto de las conclusiones de la sentencia anterior, pues creo en conciencia, por fuero de la ley y en justicia, que es nulo, por vicio en el consentimiento, el contrato que acrece el haber de la parte demandada a costa del patrimonio de un padre desgraciado.

Bogotá, nueve de febrero de mil novecientos treinta y dos.

Tancredo Nannetti—Tafur A.—Martínez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero diez de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Eliecer Vargas G. demandó al Colegio de Boyacá para que se hicieran estas declaraciones:

"1° Que la mencionada entidad debe pagarme, tres días después de ejecutoriada la sentencia respectiva, la suma de cuatro mil cuatrocientos pesos (\$ 4,400) moneda corriente, y los intereses legales de esta cantidad, desde el día primero de agosto de mil novecientos veintiséis hasta la fecha en que se verifique el pago; y

"2° Las costas del presente juicio."

Los hechos fundamentales de la acción están relacionados así:

"1° Por contrato celebrado legalmente con el señor doctor don Rafael Bernal Jiménez, Secretario de Instrucción Pública del Departamento de Boyacá, y Presidente nato de la Consiliatura del Colegio de Boyacá, que funciona en esta ciudad, me hice cargo de suministrar a los superiores y alumnos del expresado Colegio la alimentación en el año lectivo de mil novecientos veintiséis.

"2° Tal contrato fue debidamente aprobado por el señor Gobernador del Departamento, porque era condición esencial de él dicha aprobación.

"3° En ejercicio de tal contrato empecé a cumplirlo en la misma fecha señalada, y de acuerdo en un todo con las estipulaciones respectivas.

"4° Mientras estuvo a mi cargo lo cumplí religiosamente al pie de la letra, sin que hubiera lugar a reclamo alguno por parte de los encargados de velar acerca de su cumplimiento, que lo eran los respectivos superiores del expresado Colegio.

"5° Como en el mes de marzo, dentro de la vigencia del contrato, se presentó un alza exorbitante del precio de los víveres que podía llevarme al desastre y a la ruina, opté por dirigir a la Consiliatura del establecimiento un memorial razonado, en que le pedía el aumento transitorio del precio de las pensiones, para no ponerme así en la imposibilidad de cumplir el contrato.

"6° La Consiliatura del Colegio, que es la que representa la entidad autónoma que demando, lejos de atender mi reclamo, resolvió por su propia cuenta, y sin fa-

cultad ninguna legal, declarar resuelto el contrato, y me ordenó la entrega de él.

"7° Meditadas las cosas por mí un poco más, antes de que la Consiliatura declarara resuelto el contrato retiré la manifestación que había hecho de separarme del contrato si no se me aumentaba el precio de las pensiones, lo que hice por medio de un memorial en que pedía, además, una audiencia para explicar mi conducta.

"8° Reunida la Consiliatura para considerar mi petición, el Consiliario doctor Eladio Gómez sentó una proposición en que se establecían condiciones onerosas para mí, y se me exigían fuertes cauciones para cumplirlas.

"9° Aunque tales condiciones eran impuestas de modo arbitrario por una sola de las partes contratantes, no vacilé, al serme comunicadas por la Secretaría del Colegio, en aceptarlas, porque tenía en mira dejar a salvo mi buen nombre.

"10. A pesar de esto, la Consiliatura, una vez que estaba aprobada y comunicada de antemano la proposición del doctor Gómez, volvió nuevamente a reunirse, y con los votos negativos de los Consiliarios doctor Eladio Gómez y Nebardo Rojas, por dos afirmativos, declaró resuelto el contrato y retiró la orden de entrega.

"11. Ante este despojo sin precedentes, hube de someterme y hacer la entrega del mencionado contrato.

"12. Inmediatamente que me arrebataron el contrato, la Consiliatura se reunió y aumentó a dos pesos más el precio de las pensiones.

"13. El contrato fue cumplido por mí en su totalidad y a satisfacción general de empleados y alumnos del Colegio, sin interrupción alguna, desde el primer día hasta la fecha en que me fue arrebatado arbitrariamente.

"14. El Colegio dejó de pagarme la suma de cuatrocientos cincuenta pesos moneda corriente (\$ 450), valor del completo de las pensiones del mes de junio.

15. Aunque el reglamento del establecimiento no señala vacaciones intermedias, el Colegio concedió quince días en el mes de julio, y como ya estaba pagado todo el mes de pensiones, se me obligó a devolverle a los alumnos el valor de los quince días, es decir, la suma de mil quinientos pesos moneda corriente (\$ 1,500).

"16. La mencionada suma me pertenecía de derecho, porque yo tuve que anticipar dineros para la consecución de víveres, desde el principio del mes para todo el mes de julio, como era costumbre, en la seguridad de que había tareas durante todo él; por lo tanto, sufrí la pérdida de esos dineros, fuera de los víveres que tenía acopiados para todo el mes, por los asuetos concedidos ilegalmente.

"17. El Colegio terminó sus tareas el quince de noviembre, debiendo serlo el treinta; y como de acuerdo con el contrato, todo el mes de noviembre, si no se me arrebató el contrato, habría obtenido una utilidad de dos mil pesos, teniendo, además, en cuenta el descenso que de agosto en adelante se produjo en el precio de los víveres.

"18. El Colegio me propuso venta de los enseres que allí tenía para el servicio, y fue acordado el precio de cuatrocientos cincuenta pesos moneda corriente (\$ 450).

"19. El Síndico del Colegio, don Enrique Azula Gómez, recibió a su satisfacción dichos enseres.

"20. El Colegio no ha querido pagarme dicha cantidad.

"21. Como el Colegio ejecutó, por medio de la Consiliatura, todos los actos que he enumerado, él es el responsable, y el que debe pagarme las sumas de dinero que cobro.

"22. El Colegio se ha denegado a reconocermelo lo que legítimamente me debe."

El Síndico del Colegio contrademandó al señor Vargas para que se le condenara a pagar al Colegio la suma de setecientos pesos por incumplimiento del referido contrato, y basó su acción en estos hechos:

"1º En que el señor Eliecer Vargas G., según lo declara y confiesa en la demanda intentada contra el Colegio de Boyacá por el pago de una gruesa cantidad de dinero, le fue adjudicado por la Consiliatura del mismo Colegio el contrato de alimentación del respectivo personal interno en el año de mil novecientos veintiséis.

"2º En que el señor Vargas G. tuvo o asumió el carácter y las funciones de tal contratista durante los primeros meses de aquel año.

"3º En que el señor Vargas, no obstante los requerimientos que al efecto se le hicieron, faltó totalmente al cumplimiento de las obligaciones contraídas para con el Colegio por medio de la Consiliatura, hecho que aparece comprobado y demostrado con los mismos documentos que él acompañó a su demanda.

"4º En que ese incumplimiento le originó al Colegio tan graves y manifiestos perjuicios, que la Consiliatura, casi a mediados del año, se vio obligada a adoptar nuevo sistema para el servicio de alimentación, erogando muy apreciables sumas para que ésta continuara dándose, sin lo cual el internado se habría disuelto.

"5º En que fueron muchas y muy reiteradas las reclamaciones hechas al señor Vargas G. por el Rector y demás Superiores a fin de que, ciñéndose a las condiciones consignadas en el respectivo pliego de cargos y en el contrato que tanto él como su fiador suscribieron, mejorara el servicio y le pusiera término a las irregularidades y deficiencias de éste.

"6º En que el señor Vargas G. se preocupó de todo, menos de atender esas reclamaciones, hasta poner a la Consiliatura en el imprescindible caso de declarar la caducidad del contrato y proveer en otra forma a la continuación de tal servicio, pues ya era absolutamente imposible que semejante orden de cosas se prolongara.

"7º En que las sumas de doscientos y quinientos pesos, por cuyo pago se le reconviene, implican otras tantas cláusulas penales, que hoy pueden y deben hacerse efectivas como consecuencia legal y directa del incumplimiento de las obligaciones que, a título de contratista, voluntariamente se impuso en forma solidaria.

"8º En que es justo y natural que el Colegio sea indemnizado, siquiera en mínima parte, de los perjuicios que recibió por hecho o culpa del expresado contratista, o sea del señor Vargas G.

"9º En que éste, lo mismo que su fiador solidario, declararon expresa y terminantemente que si la Consiliatura no decretaba el aumento de las pensiones alimenticias abandonaban el contrato, y gustosos pagaban las multas estipuladas, dejando en libertad a la Consiliatura para que sacara este contrato a nueva licitación.

"10. En que el contratista señor Vargas G. dio lugar a la declaración de caducidad, siendo así que no cumplió aquello a que expresamente se había obligado.

"11. En que el contratista señor Vargas G., tanto de acuerdo con el respectivo pliego de cargos como con lo estipulado en el contrato que él suscribió, debía renunciar a todo aumento en lo relativo a las pensiones alimenticias, estándolo así terminantemente prohibida toda reclamación sobre el particular.

"12. En que el señor Vargas G., fundándose en el expresado contrato, ha demandado al Colegio de Boyacá por el pago de una fuerte cantidad de dinero, probablemente en concepto de indemnización."

El Juez falló absolviendo a ambas partes de los cargos de la demanda principal y de la reconvencción, y como los litigantes no se conformaron con ese fallo, apelaron para ante el Tribunal de Tunja, el cual falló en estos términos:

"1º Absuélvese a la entidad denominada Colegio de Boyacá, domiciliada en esta capital, de los cargos que le formuló el señor Eliecer Vargas en demanda fechada el diez y siete de junio de mil novecientos veintisiete, y que fue reformada por escrito de dos de noviembre del mismo año.

"2º Condénase al señor Eliecer Vargas, mayor y vecino de esta ciudad, a pagarle a la entidad mencionada en el punto anterior, la que para el efecto se encuentra representada por su Síndico, la cantidad de quinientos pesos (\$ 500) moneda corriente, en el término que señala el artículo 869 del Código Judicial; y

"3º No es el caso de hacer condenación en costas de la primera ni de la segunda instancias del juicio."

El señor Vargas interpuso recurso de casación, que se admite y estudia, por estar ajustado a normas.

Se acusa en primer lugar el fallo por error de hecho, al interpretar el contrato celebrado entre el señor Vargas y el Secretario de Instrucción Pública del Departamento, puesto que el sentenciador consideró como causales de caducidad, incluidas en el contrato, las señaladas en el artículo 41 del Código Fiscal, y la consistente en que el contratista entrara en asociaciones o compañías con personas extrañas, y, sin embargo, el sentenciador reconoció como causal de caducidad el no suministrar el contratista los alimentos de cierta calidad y en cierta cantidad, conforme al pliego de cargos, siendo así que ella no figuraba como causal de caducidad, ni está incluida en las señaladas en el Código Fiscal.

Se considera:

El Tribunal no falló el pleito reconociendo como demostrada ninguna causal de caducidad. No decretó ésta en su parte resolutive, ni podía hacerlo, ya que esa petición no fue interpretada en ninguna de las demandas. Hizo el sentenciador algunas consideraciones para demostrar que el Colegio de Boyacá podría decretar, por la vía administrativa, si así puede decirse, la caducidad del contrato, pero esa solución no sirvió para condenar a Vargas, fue una disertación accesoria, que no sirvió de única base al fallo, como puede verse por estos párrafos de la sentencia:

"Todo lo dicho en este capítulo inclina la razón a admitir que en el contrato sobre suministro de alimentación a los empleados y alumnos internos del Colegio de Boyacá, celebrado entre el Secretario de Instrucción Pública y el señor Eliecer Vargas, se podía y aun se debía incluir la cláusula de caducidad administrativa, por tratarse de un establecimiento público departamental de instrucción secundaria, al cual se encuentran vinculados intereses generales.

"Pero aun suponiendo, que no sea legal la estipulación de que se viene tratando, también se llegaría a la conclusión de que ningunos perjuicios debe el Colegio, al contratista Vargas, por haber declarado la Consiliatura resuelto el contrato, desde luego que este procedimiento se fundó, como ya hubo ocasión de advertirlo, en el hecho de que el citado contratista no cumplía lo pactado, y en el memorial que junto con el fiador elevó a la Consiliatura el veinticinco de mayo de mil novecientos veintiséis, manifestando que si no era aumentado el precio de las pensiones estaban dispuestos a pagar la multa que se había estipulado en el respectivo documento, y a que se sacase el contrato a nueva licitación.

"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, dice el artículo 1546 del Código Civil en su primer inciso; y si bien es cierto que en el segundo advierte que el contratante no moroso puede pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, es decir, que la resolución no puede llevarse a término sino mediante decisión judicial, también lo es que habiendo dejado de cumplir las cláusulas contractuales una de las partes, la otra no está obligada legal ni moralmente a perseverar en el contrato, porque de ser así, se llegaría a la aberrante e injurídica conclusión de que el contratante exacto y cumplido estaba obligado a sufrir los perjuicios provenientes del incumplimiento del culpable, durante el lapso más o menos dilatado indispensable para la decisión judicial en que se decretase la resolución.

"Parece que lo dicho es suficiente para concluir que el demandado debe ser absuelto de los cargos que se le formularon en la demanda, por no encontrarse comprobados, caso en el cual el dictamen pericial sobre perjuicios está por demás."

Se ve, pues, que el fundamento principal del fallo fue la falta de cumplimiento por parte de Vargas, de las obligaciones que contrajo para con el Colegio en el mencionado contrato.

Segundo motivo.

Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial y la pericial, traídas por el actor para demostrar que cumplió con sus obligaciones contractuales.

El sentenciador hizo un análisis minucioso de las probanzas de ambas partes, y encontró más aceptables las declaraciones de los testigos presentados por el Colegio, por las razones expuestas en el fallo, aplicando lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 105 de 1890, por ser iguales el número de los testigos presentados por las partes.

Es conveniente transcribir esos razonamientos para mejor comprensión del reparo:

"En pugna con aquellas diez declaraciones, se encuentran las de los superiores y empleados internos del Colegio, a las cuales ya se hizo alusión, y que alcanzan también a diez, en las cuales se afirma de modo explícito, categórico y terminante, especialmente en las seis primeras, que la alimentación suministrada por Vargas fue escasa y de mala calidad, o que adoleció, como dicen los últimos, de palpables deficiencias, por todo lo cual estuvo en desacuerdo con el pliego de cargos.

"..... Componen el primer grupo diez personas, de diferentes aptitudes de apreciación, por las diversas si-

tuaciones en que estuvieron colocadas en la época del contrato, y por los intereses bien distintos que las vinculaban al cumplimiento de éste. Cinco de ellas ocuparon la humilde posición de sirvientes, unas en los menesteres de la cocina y otras en los del comedor, de escasa o nula instrucción, y sin interés directo y explicable por el cumplimiento del contrato; y son estas personas quienes en sus declaraciones dicen que la alimentación suministrada por Vargas estuvo de acuerdo en todo con el reglamento y pliego de cargos que estaba fijado en un lugar visible de la casa del contratista, para tenerlo en cuenta al preparar esa alimentación diariamente. ¿Cómo explicar el que gentes destinadas permanentemente desde el alba hasta el anochecer a los quehaceres de la cocina, y que ni siquiera saben escribir su nombre, a quienes nada interesaba que los platos fueran o no preparados y servidos de acuerdo con la minuta del contrato, tuvieran el tiempo y cuidado necesarios para estar comparando día a día y comida por comida el contenido del pliego de cargos con lo que se preparaba y servía a empleados y alumnos?

"O por ventura era que el contratista no tenía persona destinada a la administración de la casa, a la distribución de los artículos de la despensa, a la ordenación y división de los trabajos domésticos, y que todo estaba confiado simplemente a la buena voluntad de los sirvientes?

"De otro lado, ¿cómo es posible que dos de los tres mozos destinados al servicio del comedor y al aseo de las dependencias del Colegio, hubieran podido observar, también día a día y comida por comida, la manera como era preparada la alimentación y contenido del pliego de cargos, para poder deducir que aquella fue siempre servida de acuerdo con lo convenido en el contrato, como si hubieran estado especialmente encargados de contestar ese hecho, a tiempo que su compañero de oficio no tuvo ocasión de imponerse del pliego de cargos, ni siquiera de verlo fijado en la casa del contratista?

"Todos estos interrogantes no encuentran contestación satisfactoria en los autos, ni en las deducciones a que se llega mediante el análisis de aquellos testimonios, por lo cual provocan grandes dudas acerca de la veracidad de sus autores.

"De los otros cinco testigos, tres fueron alumnos internos del Colegio en la época del contrato, y es de observar acerca de sus testimonios, la extraordinaria memoria de los señores Arias y Duarte, y la audacia con que debieron de obrar para tener presente algunos hechos y conocer otros de los que dieron cuenta en sus exposiciones."

El sentenciador es soberano al apreciar la prueba testimonial cuando se trata de darle preferencia a unos testimonios sobre otros, en el caso del artículo 75 citado, y para desvirtuar ese concepto, hay que demostrar error evidente, cosa que no sucede al presente, pues bien se ve que las cocineras y los mozos del servicio no pueden saber, ni a ellos les importa saber, si los alimentos que preparan y sirven están de acuerdo con el pliego de cargos, pues para eso sería necesario demostrar que conocían ese pliego, cosa no probada por el recurrente.

Las declaraciones de Corredor y Garavito las apreció así el sentenciador:

"Los dos testimonios restantes, que son los de los señores Corredor y Garavito, personas extrañas al Colegio,

y que sólo por determinadas circunstancias asistían a la casa del contratista, ofrecen igualmente serios reparos. En efecto: ambos afirman que las quejas del Rector y de los alumnos del Colegio, a la Consiliatura, acerca de la mala alimentación, carecían de toda razón, y que tenían por única causa las intrigas del señor Rafael Rodríguez, Prefecto del establecimiento. Es sorprendente cómo personas ajenas al plantel, que no convivían con los alumnos, ni con el Rector, ni con el Prefecto, que no tenían por qué ser partícipes de la vida del claustro, pudieron observar y persuadirse directamente de que el Rector y alumnos obraban en cierto sentido, única y exclusivamente, como los testigos lo dicen, impulsados por reprobables intrigas de un empleado. Corredor dice que ayudaba a Vargas en el arreglo de sus cuentas como contratista del Colegio; Garavito, que entre su familia y la de Vargas han mediado relaciones de estrecha amistad, y ambos, que por esas circunstancias frecuentaban la casa del contratista, por lo cual les era permitido observar que la alimentación que éste suministraba a los superiores y alumnos estaba estrictamente de acuerdo con el pliego de cargos; y tan constante fue la observación del primero y tan intensa la atención que prestó, que después de cuatro años pudo repetir, sin equivocarse el más mínimo detalle, el contenido de dicho pliego.

"No es explicable que, por el hecho de que Corredor ayudara a Vargas en el arreglo de sus cuentas, fuera un empleado permanente en la casa de aquél, con tal constancia que pudiera observar todos los días la preparación y composición de cada comida y la manera como era servida, para que así pudiera afirmar con certeza, como lo hace, que la alimentación estaba estrictamente de acuerdo con el pliego de cargos; y tampoco es creíble que la íntima amistad de la familia de Garavito con la de Vargas, convirtiera al primero en asiduo e inseparable visitante de la casa del segundo, especialmente en las horas de comida, para poder hacer igual observación. Por lo demás, no se ve el interés que pudiera mover a uno y a otro a examinar diariamente si la alimentación estaba o no de acuerdo con el pliego de cargos."

Igualmente apreció las de Barrera y Bustamante, y para demostrarlo basta leer este pasaje:

"Los testimonios de Juan B. Garavito, Ernesto María Corredor, Silvestre Barrera y Clemente Bustamante. De estos testigos, los dos primeros declaran que Vargas cumplió estrictamente con sus obligaciones de contratista; que la alimentación que suministró a los superiores y alumnos internos del Colegio en el año de mil novecientos veintiséis, estuvo de acuerdo con el pliego de cargos; que las quejas del Rector y de los estudiantes a la Consiliatura se debieron a intrigas del señor Rafael Rodríguez Pinzón, Prefecto del Colegio; el primero explica que le consta lo declarado, porque ha sido íntimo amigo de Vargas, y por esto asistía con frecuencia al Colegio; y el segundo, que iba allí porque ayudaba a Vargas en el arreglo de las cuentas como contratista. Los otros dicen: el primero, que fue comensal de Vargas cuando éste era contratista, y que por eso tuvo ocasión de observar que la alimentación suministrada a los estudiantes era abundante y sana, pero que no recuerda si se ceñía al pliego de cargos; y el último, que como suministraba víveres a Vargas, frecuentaba la casa del contratista, por lo cual pudo observar que la alimentación servida diariamente a los alumnos era aseada y abundante, de acuerdo con el pliego de cargos; que los alumnos eran morosos en los pagos, y que los superiores

no permitían que se suspendiera a aquéllos la alimentación."

El sentenciador apreció el peritazgo de Mariño Ariza y Rubén Rojas, pero no pudo tenerlo en cuenta para fallar, porque él se refiere a las utilidades que dejó de recibir Vargas por no haber continuado como contratista en los últimos cinco meses del año lectivo de mil novecientos veintiséis, pero como se absolvió al Colegio de los cargos de la demanda, porque Vargas dejó de cumplir sus compromisos, no había lugar a hacer esa condenación.

Las demás declaraciones que dice el recurrente dejó de apreciar el Tribunal, se refieren a los perjuicios sufridos por el contratista Vargas, pero para que se pudiera condenar al pago de esos perjuicios, habría que demostrar que el Colegio no había cumplido con las obligaciones contractuales, para lo cual ha debido pedirse la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios; pues ha sido anómalo demandar perjuicios sin demandar previamente la resolución o el cumplimiento del contrato, como ha sucedido al presente.

Tercer motivo.

Error de derecho en la apreciación de las declaraciones de Jorge Galvis, José de la Cruz Gómez, Luis H. Córdoba, Alonso Ojeda, Luis Hernández, Rafael Rodríguez y otros, por dos conceptos:

1º Porque aprecia esas declaraciones para justificar la resolución de caducidad dictada por la Consiliatura del Colegio.

Se observa:

Esas declaraciones las apreció el sentenciador para demostrar que el contratista Vargas no había suministrado alimentación de buena calidad y abundante, sana y de acuerdo con el pliego de cargos, no para fundar la resolución de caducidad, cosa que, como se ha visto, fue una razón subsidiaria de la sentencia, pero no la principal, y la prueba de testigos es bastante para comprobar en este caso, que Vargas no cumplió estrictamente sus obligaciones de contratista para con el Colegio de Boyacá.

Segundo concepto: que esos declarantes eran superiores unos del Colegio y otros empleados del mismo establecimiento, y que por esa razón sus dichos tenían que favorecer las pretensiones del Colegio.

Se replica:

Esas tachas, por falta de imparcialidad, han debido formularse y probarse en el curso del juicio, pero en casación no se pueden hacer valer reparos que no fueron materia de controversia, ya que la tacha de los testigos es una incidencia del juicio, sujeta a especial tramitación.

Cuarto motivo.

Se dicen quebrantados los artículos 1613, 1614 y 1615 del Código Civil, por no haberlos aplicado, y se funda el reparo en que el sentenciador no condenó al lucro cesante y daño emergente al Colegio de Boyacá.

Se contesta:

Se hubieran violado esos artículos si se hubiera declarado resuelto el contrato o si se hubiera decretado su cumplimiento, pues esas indemnizaciones se deben por no haberse cumplido la obligación o haberse cumplido imperfectamente, y como el fallo no resolvió ninguna de las dos cosas, no es ocasión de aplicar esas disposiciones.

Quinto motivo.

En él se ataca el fallo por la violación de varias disposiciones sustantivas y errores de hecho en la apreciación de ciertos documentos, por cuanto el Tribunal conceptuó que la Consiliatura del Colegio de Boyacá podía declarar la caducidad del contrato, porque ese recurso administrativo tiene cabida en el contrato celebrado, por ser el Colegio un establecimiento público.

Ya se ha dicho, y ahora se repite, que la caducidad fue un fundamento accesorio del fallo. Su base principal reposa en el hecho de que el contratista no cumplió con sus obligaciones contractuales, y que, por lo tanto, el Colegio no estaba obligado a cumplir con las suyas, de suerte que aunque tuviera el recurrente razón en su ataque, el fallo sería intocable, por sostenerse en el fundamento ya señalado.

Sexto motivo.

Se hace consistir en la violación del artículo 1546 del Código Civil, puesto que no habiéndose demandado por parte del Colegio, en su demanda de reconvención, ni la resolución del contrato ni su cumplimiento, mal ha podido el sentenciador condenar a Vargas al pago de la multa estipulada en la cláusula penal, la cual sólo es exigible en alguno de los extremos señalados en el artículo 1546.

El cargo prospera, porque si no se demandó la resolución del contrato o su cumplimiento, fundándose el Colegio en que el contratista no cumplió con sus obligaciones, mal puede condenarse a la multa que se estipuló para caso de incumplimiento. La multa es una consecuencia de la falta de cumplimiento del contrato, y si ese incumplimiento no se decreta, mal puede cobrarse la multa.

Séptimo motivo.

Queda resuelto en el sexto motivo, pues en él se tacha el fallo por mala apreciación de la cláusula penal.

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, falla:

Primero. Infirmase parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de fecha noviembre veinte de mil novecientos treinta, en el sentido de absolver al señor Eliecer Vargas del pago de la suma de quinientos pesos (\$ 500) moneda corriente, a que se refiere el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia ameritada.

Segundo. Confirmase el fallo de primera instancia, de suerte que ambas partes quedan absueltas de los cargos que mutuamente se formularon.

Tercero. Sin costas en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero quince de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

En escrito de veintisiete de junio de mil novecientos veintiocho, repartido al Juzgado 2º del Circuito de Palmira, Carmen Charria viuda de Calero, por medio de apoderado, expuso los siguientes hechos:

“a) Por escritura pública número 87, de catorce de febrero del corriente año, pasada ante el Notario 1º de este Circuito, mi mandante señora Carmen Charria viuda de Calero les dio en venta a las demandadas, por la cantidad de doce mil pesos (\$ 12,000) moneda corriente, los siguientes inmuebles:

“1º El derecho de dominio en una casa de habitación, construida sobre paredes de ladrillo y adobe, cubierta de tejas, ubicada en el barrio de Montecarlo, de esta ciudad, constante de catorce piezas, con su terreno propio correspondiente, que mide, de frente, de Oriente a Occidente, diez y siete metros con veinte centímetros (17,20 m.), y está determinado por los siguientes linderos: por el Norte, calle 15 de por medio, con casa y solar de Wenceslao Núñez; por el Sur, con casa de propiedad del otorgante y solar de Teodomiro Bejarano; por el Oriente, en parte, con casa de los herederos de Victoriano Calero, y en parte con solar de Jeremías Jaramillo, y por el Occidente, carrera 2ª de por medio, con casa y solar de Tránsito Martínez.

“2º Una casa de habitación ubicada en el mismo barrio, edificada sobre paredes de adobe y ladrillo, cubierta de tejas, con su terreno propio correspondiente, y delimitada así: por el Oriente y por el Norte, con la misma casa y terreno anotados en el punto anterior; por el Sur, con casa y solar de los herederos de José María Calero Ch., y por el Occidente, carrera 2ª de por medio, con predio de Tránsito Martínez.

“3º Una finca rural, ubicada en el sitio de La Herradura, de esta jurisdicción, con terreno propio y deslindado, compuesta de potreros de pasto artificial y montes, con una capacidad de ciento ochenta y una (181) plazas, y alinderada así: al Norte, con terreno de Alejandro Torres; al Sur, con el camino público que de esta ciudad conduce hasta la Josepilla; al Oriente, callejón al medio, con terreno de los Avenias, y al Occidente, zanjón Pomá de por medio, con predios de Heliodora Calero de Bejarano y de Lemos & Hermanos.

“b) Mi mandante no ha recibido, ni las señoras Heliodora Calero de Bejarano, Dolores Calero de Páramo y Belarmina Calero de Reyes, le han pagado en forma alguna los doce mil pesos (\$ 12,000) que figuran en el contrato, como precio de los inmuebles arriba enumerados. Es decir, que las compradoras están en mora de cumplir su obligación, pues debieron pagarle a mi mandante, según estaba estipulado entre los contratantes, el precio de los inmuebles ya citados, el mismo día en que se otorgó la escritura que contiene el contrato respectivo, y no lo hicieron, como lo han hecho hasta el presente.

“c) Aun cuando en la escritura de compraventa referida aparece que mi mandante recibió de manos de las compradoras el precio de tales bienes raíces, esa afirmación no es exacta, porque las compradoras no pagaron, ni han pagado aún esa cantidad, como debieron hacerlo en el acto mismo del otorgamiento de la tantas veces aludida escritura.

“d) En la cláusula quinta del referido instrumento, expuso mi mandante que se reservaba el usufructo sobre los inmuebles vendidos, durante los días de su existencia; pero a decir verdad, las compradoras la desposeyeron de tales fincas, perdiendo ipso facto el uso y goce de ellas. Y llegó a tal extremo el desconocimiento de la facultad que, según la escritura, tenía mi poderdante el uso y usufructo de tales inmuebles, que a los otros hijos se les impidió hasta la entrada a dichos predios.

"e) Aun cuando en el contrato de compraventa referido se estipuló que mi mandante, mientras viviera, no haría entrega real y material de los inmuebles vendidos, y se reservaría el derecho de usufructo sobre ellos; sin embargo, desde el momento en que las compradoras celebraron el contrato, entraron en posesión de los respectivos fundos. Mi poderdante, por su parte, ha cumplido con lo pactado en la convención.

"f) Las compradoras referidas han causado enormes perjuicios a mi mandante, con el hecho de no haber pagado en el tiempo debido el precio de las cosas que fueron materia de la venta."

Fundada en esos hechos, promovió demanda ordinaria contra Heliodora Calero de Bejarano, Dolores Calero de Páramo y Belarmina Calero de Reyes, representadas por sus respectivos maridos Manuel de Jesús Bejarano, Alfonso Páramo y Efraím Reyes A., para que, por sentencia definitiva, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Queda resuelto el contrato de compraventa contenido en la escritura número 87, de catorce (14) de febrero del año en curso, pasada ante el Notario 1º de este Circuito, por virtud de la cual aparece que mi mandante vendió y las señoras Heliodora Calero de Bejarano, Dolores Calero de Páramo y Belarmina Calero de Reyes, compraron los siguientes inmuebles:

"a) El derecho de dominio en una casa de habitación, cubierta de tejas, construida sobre paredes de ladrillo y adobe, ubicada en el barrio de Montecarlo, de esta ciudad, con su terreno correspondiente, que mide de frente, de Oriente a Occidente, diez y siete metros con veinte centímetros (17,20 m.), casa que consta de catorce piezas, y está delimitada por estos linderos: por el Norte, calle 15 al medio, con casa y solar de Wenceslao Núñez; por el Sur, con casa de propiedad de la otorgante y solar de Teodomiro Bejarano; por el Oriente, en parte, con casa de los herederos de Victoriano Calero, y en parte con solar de Jeremías Jaramillo, y por el Occidente, carrera 2ª de por medio, con casa y solar de Tránsito Martínez.

"b) Una casa de habitación, ubicada en el mismo barrio, cubierta de tejas, construida sobre paredes de ladrillo y adobe, con su terreno propio correspondiente, y determinada por los siguientes linderos: por el Oriente y por el Norte, con la misma casa y terreno anotados en el punto anterior; por el Sur, con casa y solar de los herederos de José María Calero Ch., y por el Occidente, carrera 2ª de por medio, con predio de Tránsito Martínez.

"c) Una finca rural, ubicada en el sitio de **La Herradura**, de esta jurisdicción, con terreno propio y deslindado, compuesta de potreros de pasto artificial y montes, con una cabida de ciento ochenta y una (181) plazas, alinderada así: al Norte, con terreno de Alejandro Torres; al Sur, con el camino público que de esta ciudad conduce a la **Josepilla**; al Oriente, callejón de por medio, con terreno de los **Avenias**, y al Occidente, zanjón **Pomá** de por medio, con predios de Heliodora Calero de Bejarano y de Lemos & Hermanos.

"Esta petición proviene de que hasta hoy las compradoras mencionadas no le han pagado a mi poderdante los doce mil pesos (\$ 12,000) moneda corriente, fijados en el contrato como precio de los inmuebles vendidos, no obstante que el pago ha debido hacerse, a más tardar, el día en que se otorgó la escritura pública a que aludo.

"Segunda. Que como consecuencia inmediata de lo anteriormente expuesto, se le restituyan a mi mandante,

dentro del término legal, los inmuebles que dejo descritos y determinados en el punto anterior, por sus respectivos linderos y ubicación, con los frutos civiles y naturales, desde la fecha en que se celebró el referido contrato.

"Tercera. Que las demandadas señoras Heliodora Calero de Bejarano, Dolores Calero de Páramo y Belarmina Calero de Reyes, deben resarcir a mi poderdante los perjuicios que ellas le han causado por el no cumplimiento de la obligación. Tales perjuicios deben ser estimados por peritos nombrados de conformidad con la ley.

"Cuarta. Que se condene en costas a las demandadas, si afrontaren la litis."

Las demandadas se hicieron representar por un mismo apoderado, y éste contestó la demanda, manifestando que se opone a que se hagan las declaraciones pedidas en el libelo, y en cuanto a los hechos dijo:

"Al marcado con la letra a). Este hecho es cierto, en cuanto está de acuerdo con la escritura pública número 87, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, el catorce de febrero de mil novecientos veintiocho, a que este hecho se refiere.

"Al marcado b). Este hecho no es cierto, y por tanto, lo niego rotundamente.

"Al marcado c). Tampoco es cierto este hecho, y lo niego como el anterior.

"Al marcado d). Este hecho es cierto únicamente en cuanto se conforme con el punto quinto de la escritura número 87 ya citada; pero en todos los demás no es cierto, y lo niego.

"Al marcado e). No es cierto este hecho, y lo niego.

"Al marcado f). También niego este hecho por no ser cierto."

Terminó proponiendo, "como perentorias las excepciones de carencia de acción, petición de lo no debido y de un modo indebido, e ilegitimidad sustantiva de la personería de las demandadas."

El fallo de primera instancia, proferido el cuatro de noviembre de mil novecientos veintinueve, condenó a las demandadas al tenor de lo pedido en la demanda; pero por apelación concedida a la parte desfavorecida, el Tribunal Superior de Cali, que conoció del recurso, profirió la sentencia que le correspondía, el nueve de septiembre de mil novecientos treinta, revocando la del Juzgado y absolviendo a las demandadas de todos los cargos de la demanda.

El apoderado de la demandante interpuso, y a la vez fundó ante el Tribunal, el recurso de casación, que le fue concedido.

La Corte encuentra admisible el recurso, y procede a fallarlo.

En el alegato presentado ante el Tribunal, dice el recurrente:

"Apoyo el presente recurso de casación en las causas de que trata el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, consistente en ser la sentencia recurrida violatoria de la ley sustantiva; haber dejado de aplicar algunas disposiciones, tanto de la ley civil como de la adjetiva, y, además, por error de hecho en la apreciación de las pruebas producidas por la parte demandante."

Esto da a entender que apenas se alega la primera de las referidas causales, y lo mismo se colige de los motivos aducidos por el apoderado de la misma parte ante la Corte.

"La ley sustantiva que considero infringida es la relativa al artículo 1546 del Código Civil, disposición que contiene prescripciones que le son literalmente aplicables al caso del pleito," y luego explica el cargo así:

"Digo que el Tribunal, en el fallo aludido, ha violado la disposición preinserta, por las siguientes razones: porque, aun cuando en la escritura pública número 87, de catorce de febrero de mil novecientos veintiocho, se dejó constancia de que la señora Carmen Charria viuda de Calero, recibió el precio de los inmuebles allí enumerados, con todo, en los autos se ha logrado acreditar los siguientes hechos:

'a) Que tanto el Notario como los testigos instrumentales que intervinieron en el otorgamiento de aquella escritura, afirman, en forma rotunda, que las compradoras, señoras Caleros, no pagaron el precio de los inmuebles vendidos en el acto en que el contrato se celebró.

'b) Que una de las demandadas, señora Belarmina Calero, al ser interrogada en posiciones, así:

'¿Diga cómo es cierto, sí o nó, que usted ni su marido, ni los maridos de éstas le pagaron el precio de doce mil pesos moneda corriente que aparece como precio de la venta de que trata la escritura 87, de catorce de febrero de este año (mil novecientos veintiocho), a la señora Carmen Charria viuda de Calero?'

'Contestó:

'Que es cierto, y aclara que la absolvente pagó a su madre, señora Carmen Charria viuda de Calero, cuatro mil pesos moneda legal por la parte que le correspondió en la venta a que se refiere la escritura citada.'

Prosigue el recurrente haciendo un análisis de las pruebas, con citas de expositores de pruebas judiciales, y termina con esta afirmación:

"Flagrante es, pues, la violación cometida por el Tribunal, al no declarar resuelto el contrato de compraventa de que he hecho referencia. El principio del artículo 1546 del Código Civil ha sido menoscabado en esta providencia."

No señala el recurrente los conceptos del Tribunal que motivan este cargo, ni en qué concepto ha sido violada la disposición indicada por él, requisito indispensable, por exigirlo así las disposiciones que precisan, rigurosamente, las normas a que ha de atemperarse este recurso extraordinario, y porque sin tal señalamiento es imposible hallar—en casos como el presente—en dónde está el concepto del juzgador, que en sentir del recurrente, menoscaba el principio que consagra la referida disposición, ni en qué consiste, a su vez, ese antagonismo.

Los conceptos del Tribunal que sustentan el fallo recurrido, no pueden entrañar violación directa del artículo 1546 del Código Civil, toda vez que si él no decretó la resolución del contrato, fue precisamente porque, en su concepto, no se está en el caso que contempla dicho artículo, por no estar probado el hecho de que se hace depender la condición resolutoria, cual es el no pago del precio. Toda la argumentación del recurrente tiende a demostrar que los elementos probatorios que obran en el expediente sí acreditan ese hecho; pero tales argumentos no son pertinentes, ya que la acusación no se hizo por error de hecho o de derecho en la apreciación de esas pruebas.

El cargo es infundado.

2. Como fundamento de este segundo cargo, cita el recurrente los siguientes conceptos del Tribunal:

"Si en la escritura de venta (establece el artículo 1934 del Código Civil), se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario, sino la nulidad o falsificación de la misma escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores.

"Por lo que se ve, el apoderado de las Caleros (doctores Navia o Vernaza), no da a la disposición que precede el sentido que le da uniformemente la jurisprudencia del país, a saber: que la prueba se restringe a la nulidad o falsificación de la escritura únicamente cuando la acción se dirige contra terceros poseedores. De modo que cuando no se dirige contra éstos sino que el vendedor la dirige contra el comprador, no procede esa restricción. Y que tal interpretación es la aceptable, se demuestra con esta sencilla consideración: si el límite o restricción en referencia hubiera de aplicarse a todo caso, ¿a qué mencionar aquel que se dirija a la acción contra terceros? Bastaba que el legislador hubiera dicho: 'Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura.' Corolario. Cuando en el caso del artículo 1935 del Código Civil, el comprador dirige su acción contra el vendedor, no es aplicable la restricción del aparte final de aquel artículo."

A esto observa el recurrente:

"A pesar de las consideraciones expuestas por el Tribunal, sin embargo, observo, que omitió aplicar al pleito las siguientes disposiciones del Código Civil, 1930, que dice:

'Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios.'

"El 1608 del mismo Código expresa en qué casos—el deudor—está en mora, y el siguiente de la misma obra, que determina que ninguno de los contratantes está en mora mientras el otro no cumpla lo pactado."

Como se ve, esto no es más que un mero concepto del recurrente, del todo infundado, toda vez que no ha demostrado que sea el caso de aplicar el artículo 1930 del Código Civil, esto es, que en este juicio está debidamente comprobado que las demandadas se hallan, respecto del negocio que ha motivado este pleito, en alguno de los casos que enumera el artículo 1608 del mismo Código.

Propiamente hablando, esto no constituye un cargo.

3. Esté cargo se refiere al siguiente pasaje de la sentencia que se reproduce íntegramente para poder apreciar mejor el fundamento de la acusación. Refiriéndose el Tribunal a las posiciones absueltas por las demandadas, dice:

"Procede ya a analizar la respuesta que cada una de las demandadas dio a determinada pregunta; respuesta en que, en sentir del Juez, incurrió cada una de ellas en una flagrante contradicción, que generó un perjurio.

"La octava de las posiciones formuladas a Belarmina Calero de Reyes, dice:

'¿Diga cómo es cierto, sí o nó, que ni usted, ni su marido, ni sus hermanas, ni los maridos de éstas le pagaron el precio de doce mil pesos moneda corriente, que aparece como precio de la venta de que trata la escritura 87, de catorce de febrero de este año, a la señora Carmen Charria viuda de Calero.' (Cuaderno 1º, foja 71).

"Respuesta:

"Con relación a esta posición, el Juzgado dispuso preguntar a la absolvente el hecho que se relaciona únicamente con ella, prescindiendo de la parte que se refiere a las demás personas nombradas en la posición, por cuanto no son hechos personales de la absolvente.

"Contestó así: 'que es cierto y aclara: que la absolvente pagó a su madre señora Carmen Charria viuda de Calero, cuatro mil pesos (\$ 4,000) moneda legal, por la parte que le correspondió en la venta a que se refiere la escritura citada' (foja 71 ib.).

"Lo propio sucedió respecto de Heliodora, quien dio la misma respuesta que Belarmina, con la misma aclaración (foja 66 vuelta a 68, cuaderno 1°).

"Pero es de notarse que el Juez, que tan acertado anduvo en distinguir el hecho relativo a cada una de esas dos demandadas del correspondiente a las otras personas comprendidas en la pregunta, en tratándose de Dolores, no hizo distinción ninguna (foja 70, ib.).

"Así, pues, la pregunta que bajo el ordinal octavo de los respectivos interrogatorios, fue hecha a Belarmina y Heliodora, correspondió a Dolores bajo el ordinal décimo, a saber:

"¿Diga usted cómo es cierto, sí o nó, que ni usted, ni su marido, ni sus hermanas, ni los maridos de éstas le pagaron el precio de doce mil pesos moneda corriente, que aparece como precio de la venta de que trata la escritura número 87, de catorce de febrero de este año, a la señora Carmen Charria viuda de Calero?"

"A lo que Dolores contestó: 'que es cierto' (foja 70 citada).

"A juicio del Tribunal, no existe en las respuestas de Belarmina y Heliodora la contradicción anotada en la sentencia del Juez, porque, dada la estructura de la pregunta, la respuesta es congruente. Es obvio que siendo el precio de la compraventa, doce mil pesos, no era posible que lo pagara íntegramente cada una de las personas mencionadas en la pregunta. Es, por tanto, racional la respuesta negativa de Belarmina y Heliodora, puesto que era un imposible moral que cada una de ellas pagara el precio íntegro. De lo que se sigue que la aclaración fue cuerda, porque tuvo por objeto poner en su punto lo que cada una de aquéllas tenía por verdadero, esto es, que ninguna de las dos pagó el precio total, sino su respectiva cuota, conforme a lo estipulado en la escritura.

"Y de acuerdo con lo dicho, tampoco contestó mal Dolores, diciendo que era cierto lo preguntado, porque lo que quiso significar fue que ni ella, ni ninguna de las otras personas incluidas en la pregunta pagó doce mil pesos."

A esto objeta el recurrente que como las respuestas dadas por las absolventes fueron afirmativas, aunque agregaron alguna circunstancia, que es una verdadera excepción "la confesión es absoluta, o sea dividua o divisible," y que las demandadas no han suministrado prueba alguna en que aparezca acreditada la circunstancia que añadieron a esas confesiones.

"¿A qué viene, pues,—agrega—el argumento del Tribunal, de que es incongruente la pregunta y la respuesta? Penetró en el fuero interno de las demandadas e invadió un campo que no le correspondía, porque a ningún juzgador le es dado referirse a los elementos subjetivos de las partes militantes en los negocios civiles,

y porque las operaciones de orden psicológico no pueden ni deben ser conocidas del Juez, si de actos externos no aparecen demostrados.

"Lo curioso del asunto a este respecto, es la afirmación que hace esa respetable entidad, al decir 'que las demandadas, se repite, en las posiciones, quisieron referirse al pago total de los doce mil pesos.' ¿De qué medio se valdría el Tribunal para investigar la voluntad de las demandadas? De todo esto se deduce que la corporación falladora incurrió en un lamentable error de hecho al apreciar las respuestas de las demandadas en el sentido que dejo indicado."

En respuesta a este cargo se observa, que es jurisprudencia constante de la Corte que "en materia de pruebas es prerrogativa exclusiva del sentenciador el apreciarlas soberanamente: en ello entra como elemento supremo su propio criterio, digno de especial respeto, al aplicar la ley. Sólo en caso de error evidente podrá ser modificado el fallo y revocada aquella apreciación" (Casación de 16 de julio de 1908, *Gaceta Judicial*, XXVIII, 12, 2°; Casación de 7 de diciembre de 1909, *Gaceta Judicial*, XXV, 495, 2°), y como lo expuesto por el recurrente no deja establecido que es evidentemente errónea la apreciación hecha por el Tribunal de las respuestas dadas por las demandadas a las posiciones arriba transcritas, no hay lugar a casar el fallo recurrido por este motivo.

Además, también es jurisprudencia constante de la Corte que "cuando se alega en casación mala apreciación de determinada prueba, ha de señalarse forzosamente la disposición legal infringida a causa de los errores de hecho o de derecho sufridos en esa mala apreciación, porque ésta no constituye una causal de casación separada y especial, sino un simple motivo de la causal primera, consistente en violación de la ley sustantiva (Casación de 4 de febrero, de 1924, *Gaceta Judicial*, XXX, 257, 2°)."

El recurrente no dice en este cargo cuál es la disposición legal sustantiva que, en su concepto, violó el Tribunal como consecuencia del error que él le atribuye.

4. "También incurrió la misma corporación—sigue diciendo el recurrente—en violación del artículo 568 del Código Judicial," cuyo texto copia a continuación, como complemento de este cargo.

Si, como parece, esto constituye un motivo separado, hay que rechazarlo porque no se ajusta a las normas legales; pero si es una observación adicional al cargo 3°, a lo que se dijo con relación a él, conviene agregar que en concepto de la Corte, en la respuesta a que el cargo se refiere, lo dicho por la absolvente es, sencillamente, que ella no pagó los doce mil pesos, precio de la finca comprada por ella y sus dos hermanas, sino sólo los cuatro mil pesos, que era la cuota que a ella le correspondía pagar, lo cual no constituye el fenómeno que contempla el artículo 568 aquí citado.

5. "También dejó el Tribunal de aplicar el artículo 454 del Código Judicial—dice en este último cargo el recurrente—no obstante aparecer comprobado que las demandadas, a sabiendas, se perjuraron al absolver las posiciones ameritadas, sobre estos hechos sustanciales en el pleito, consistente el perjurio en haber incurrido las citadas demandadas en manifiestas contradicciones, cuando aclaran que pagaron cada una cuatro mil pesos, después de haber confesado el no pago del precio de la compraventa de que trata la escritura número 87, de catorce de febrero de mil novecientos veintiocho, cuan-

do en la segunda instancia, en la pregunta octava, fue interrogada Belarmina Calero así:

‘¿Diga cómo es cierto, sí o nó, que usted es sabedora de que ni Heliodora ni Dolores le entregaron cuatro mil pesos a Carmen Charria viuda de Calero, en la noche del catorce de febrero de mil novecientos veintiocho?’

“Contestó:

‘Que es cierto.’

“No creo necesario tener que ahondar más en el examen de esas respuestas, porque de seguro ellas serán en la Corte materia de un escrupuloso análisis, y así se podrá concluir que las demandadas, a sabiendas, se perjuraron, no sólo en los casos indicados sino en muchos otros.”

Se observa:

“La Corte tiene resuelto, en repetidos fallos, que al Tribunal sentenciador corresponde exclusivamente calificar con su propio criterio las circunstancias que puedan determinar la aplicación del artículo 454 del Código Judicial, y que la Corte sólo puede variar esa determinación cuando el Tribunal ha incurrido en error de hecho evidente en la apreciación de los hechos que se aducen como constitutivos del perjurio civilmente punible.”

Tampoco prospera este último cargo.

Se procede ahora a examinar los cargos formulados en el alegato presentado ante la Corte.

Cuatro motivos de casación aduce el apoderado ante la Corte, en apoyo de la primera causal alegada: dos por violación directa de ley sustantiva y dos por error de derecho en la apreciación de las pruebas, a saber:

“1º Violación directa del artículo 1546 del Código Civil.

“Establece este artículo—dice el recurrente—que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado; y que en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución del contrato o su cumplimiento con indemnización de perjuicios.

“Pues bien: a pesar de que en la escritura la señora Charria manifestó haber recibido el precio de la venta, realmente ese hecho no se verificó jamás, pues las compradoras no lo pagaron, ni a ella, ni en presencia del Notario, ni por mediación de otra persona.

“La manifestación de pago que aparece en la escritura fue totalmente destruida por el testimonio del Notario que intervino en el acto y de los testigos instrumentales, quienes atestiguaron que tal pago no se verificó.

“Hay, además, en el expediente un cúmulo enorme de indicios, que llevan en sí el convencimiento de que tal pago no se verificó, tales como la pobreza de las compradoras, quienes no tenían dinero para pagar el precio, como expresamente lo han confesado, y el hecho harto significativo de que la vendedora, al día siguiente del contrato, tuvo que tomar al fiado alimentos en las tiendas de la ciudad de Palmira, y ocurrir a su otro hijo Gregorio, para pedirle que le suministrara con qué mantenerse.

“Todas estas pruebas han destruido la manifestación del pago que contiene la escritura de venta, y han acreditado de manera plena que las compradoras no cumplieron por su parte lo pactado, o sea no pagaron el precio de la venta.

“Luego la sentencia del Tribunal de Cali, que ha desconocido a la vendedora señora Charria de Calero el derecho claro, preciso y terminante que le concede el artículo 1546 del Código Civil, de pedir la resolución de la venta por incumplimiento del otro contratante, ha violado directamente la disposición sustantiva que se acaba de mencionar, por el concepto anotado y por no haberla aplicado al caso del pleito.”

Se observa:

No resulta del fallo recurrido, ni lo afirma el recurrente, que el Tribunal dejó de aplicar al caso del pleito el artículo 1546 del Código Civil, porque desconozca que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, sino porque, en su concepto, la demandante no ha suministrado la prueba de que las demandadas no cumplieron la obligación de pagar el precio de las fincas que ella les vendió, ya que en la escritura de venta aparece que sí lo pagaron: el reparo del recurrente consiste en que, a juicio de éste, el testimonio del Notario y de los testigos instrumentales, que dicen que no vieron que las demandadas le entregaran a la demandante los doce mil pesos, y un “cúmulo enorme de indicios” que él estima hay en el expediente, constituyen prueba suficiente para desvirtuar lo afirmado en la escritura sobre pago del precio, y que es, por tanto, erróneo el concepto del Tribunal, de que no se ha suministrado la prueba del no pago del precio. Pero salta a la vista que lo propio habría sido formular la acusación por errónea apreciación de esas pruebas, ya por no haberlas tomado en consideración o por no haberles dado el valor que ellas tengan, a juicio del recurrente; y a este respecto la Corte tiene establecido que “no procede la primera causal de casación por violación de determinados preceptos de la ley, cuando esta violación es indirecta, como resultante de error de derecho en la apreciación de la prueba o de error de hecho evidente, no alegados por el recurrente.” (Casación de 18 de febrero de 1922, *Gaceta Judicial*, XXIX, 104, 2º).

2º Violación de los artículos 590 y 607 del Código Judicial.

“El artículo 590 del Código Judicial establece—dice éste cargo—que los indicios no necesarios forman prueba cuando son vehementes, y aunque diversos, están enlazados entre sí, concurriendo a demostrar la verdad del hecho controvertido.

“Ahora bien: la inferioridad mental de la vendedora, su sordera crónica, su desconocimiento del valor de las monedas, su incapacidad para contratar, la pobreza de los supuestos compradores, la miseria que afligía a la vendedora al día siguiente de la celebración del contrato, constituyen un cúmulo de indicios vehementes, plenamente probados y enlazados entre sí, que concurren a demostrar la verdad del hecho alegado por mi parte, o sea el no pago del precio.

“Y esta prueba ha sido desconocida totalmente por el Tribunal sentenciador, violando así directamente el acotado artículo 590 del Código Judicial.

“Por otra parte, si el testimonio de dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias, hace plena prueba, conforme dispone el artículo 607 del mismo cuerpo legal, es indudable que el testimonio del Notario y el de los testigos instrumentales, únicos que presenciaron el otorgamiento de la escritura que contiene el contrato, constituye una prueba de la falta de pago.

"Y como tanto el Notario como dichos testigos declaran que no se pagó el precio de la compraventa en que ellos intervinieron, es indudable que estos testimonios, a la luz del citado artículo, constituyen de por sí una prueba absolutamente plena del no pago del precio.

"Pues bien: como el Tribunal sentenciador para nada tuvo en cuenta estas declaraciones, es obvio que infringió, de manera clara y directa, la disposición legal contenida en el artículo 607 del Código Judicial."

Tampoco es procedente esta acusación, ya que de lo dicho por el mismo recurrente para sustentarla, se ve claramente que la violación de las disposiciones aquí citadas, caso de que la haya, no puede ser directa sino indirecta, resultante de una errónea apreciación de las pruebas a que se hace referencia.

"3° Violación de los artículos 1769 del Código Civil, 556, 567 y 568 del Código Judicial."

La violación de estas disposiciones proviene, según el recurrente, de que "el Tribunal ha incurrido en error manifiesto de derecho al estimar estas confesiones (las respuestas dadas por las demandadas a las posiciones arriba transcritas), como prueba del pago del precio, por la clarísima razón de que la confesión hace plena prueba contra el que la hace, pero no a favor de quien la hace."

"El Tribunal—sigue diciendo el recurrente—ha dado como probado el pago, simplemente porque las confesantes han dicho que pagó cada una cuatro mil pesos por la parte que le correspondió, es decir, ha tomado de la confesión lo que favorece a las confesantes, pero no lo que las perjudica, y esto constituye una abierta violación del artículo 1769 del Código Civil y del 556 del Código Judicial."

Se observa:

No es exacto lo afirmado en este cargo, pues lo dicho por el Tribunal es que "como las compradoras se abroquelasen con la declaración de pago consignada en la escritura, teniendo la presunción en su favor, echaron a su contrario la carga de la prueba," y que éste no la ha suministrado, toda vez que, en su concepto, las respuestas dadas por las demandadas a las posiciones que les formuló la demandante, no entrañan la confesión que en ellas aprecia el recurrente sobre el no pago del precio. El cargo es infundado.

"4° Por otra parte—dice el recurrente—en este último cargo las confesantes manifestaron ante todo que era cierto que no habían pagado el precio de la venta, y agregaron, a modo de aclaración, dos de ellas (pues la otra confesó francamente el no pago), que habían pagado cuatro mil pesos por la parte que les correspondió en la venta.

"Como a las claras se advierte, estamos en presencia de una confesión explicada (artículo 567 del Código Judicial), que conforme ordena el artículo 568 de la misma obra, es divisible, por cuanto la explicación o modificación añadida puede separarse del hecho sobre que recayó la pregunta, y entonces la modificación constituye una verdadera excepción, cuya prueba incumbe al confesante.

"Y como el Tribunal sentenciador ha estimado como prueba la modificación o excepción que no ha sido probada por las confesantes, haciendo caso omiso de lo que constituye la esencia de la confesión rendida por las demandadas, o sea la manifestación de que es cierto que

no pagaron el precio de la venta, es indiscutible que el sentenciador cometió manifiesto error de derecho en la apreciación de esta prueba, y violó de manera evidente y directa el artículo 568 del Código Judicial; pues conforme a las disposiciones de éste, debió aceptar como plenamente probada la manifestación de las confesantes, 'es cierto que no pagamos el precio de la venta,' y repudiar la circunstancia añadida por éstas, que restringen el sentido y alcance de esa confesión, a menos que la hubieran plenamente probado.

"Y como de tal prueba no hay asomo en el expediente, el Tribunal debió dar por plenamente probada la falta de pago del precio, y de acuerdo con el artículo 1930 del Código Civil, decretar la resolución solicitada en la demanda y la restitución consiguiente de los bienes materia del contrato."

Se observa:

En más de una ocasión ha dicho la Corte que "no puede encontrarse error de derecho en la apreciación que haga el Tribunal de ser divisible o indivisible una confesión explicada, pues puede decirse que ha quedado a la interpretación o arbitrio de los Jueces la calificación de que el hecho confesado y añadido como explicación al hecho principal, sea separable o inseparable de éste." (Casación de 12 de mayo de 1897, *Gaceta Judicial*, XII, 370, 2°); Casación de 19 de julio de 1907, *Gaceta Judicial*, XVIII, 147, 2°).

Por otra parte, el Tribunal no ha conceptuado acerca de si la confesión de que se trata es divisible o indivisible, sino que lo que ha hecho es interpretar el contenido de las respuestas dadas a las posiciones arriba transcritas: no es una cuestión de derecho sino de hecho, la que plantea el Tribunal, al conceptuar que "dada la estructura de la pregunta, la respuesta es congruente," pues "es obvio—dice—que siendo el precio de la compraventa doce mil pesos, no era posible que lo pagara íntegramente cada una de las personas mencionadas en la pregunta," y que "es, por tanto, racional la respuesta negativa de Belarmina y Heliodora, puesto que era un imposible moral que cada una de ellas pagara el precio íntegro. De lo que se sigue que la aclaración fue cuerda, porque tuvo por objeto poner en su punto lo que cada una de aquéllas tenía por verdadero, esto es, que ninguna de las dos pagó el precio total, sino su respectiva cuota, conforme a lo estipulado en la escritura"; y que "de acuerdo con lo dicho, tampoco contestó mal Dolores, diciendo que era cierto lo preguntado, porque lo que quiso significar fue que ni ella, ni ninguna de las otras personas incluidas en la pregunta pagó doce mil pesos."

Si el recurrente estima que el Tribunal incurrió en error al apreciar en ese sentido las respuestas dadas por las demandadas a las posiciones arriba expresadas, debió acusar por ese error de hecho, no por error de derecho.

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, declara que no es el caso de infirmar la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Cali, el nueve de septiembre de mil novecientos treinta.

Con costas a cargo de la parte recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero quince de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Luis Robledo G., por medio de apoderado, presentó demanda al Juez 2° del Circuito de Manizales, para que Juan Pablo Echeverri le rindiera cuentas como socio industrial o administrador de los negocios de una sociedad de hecho que existió entre el demandante y el demandado durante los años de mil novecientos diez y nueve y mil novecientos veinte, para la compra y venta de ganados, bestias y otros objetos en los Departamentos del Valle del Cauca y Nariño. El Juzgado, por auto de once de noviembre de mil novecientos veintiuno, ordenó a Echeverri la rendición de las cuentas solicitadas, y esa orden fue cumplida por el demandado con la presentación de dichas cuentas, en ocho cuadros, dentro del término que al efecto se le señaló.

El demandante objetó parcialmente las cuentas presentadas, en cuanto a su contenido; y como el responsable no aceptó las objeciones, el negocio se abrió a pruebas, y previas las subsiguientes ritualidades del juicio ordinario, el Juzgado, en sentencia de quince de noviembre de mil novecientos veintitrés, declaró:

“Que están legalmente acreditadas las cuentas rendidas por el señor Juan Pablo Echeverri J., con un saldo a su favor y en contra del señor Luis Robledo G., por la suma de mil setecientos sesenta y seis pesos cuarenta centavos (\$ 1,766-40) oro, hechas ya las deducciones correspondientes en cuanto a las objeciones se refieren, y que se expusieron en la parte motiva de este fallo.

“No hay lugar a especial condenación en costas.”

Apelada esa sentencia por la parte demandante, ella fue confirmada por la del Tribunal Superior de Manizales, de trece de noviembre de mil novecientos veintiocho, “con la reforma de que el saldo deducido a favor de Echeverri no es de mil setecientos sesenta y seis pesos con cuarenta centavos (\$ 1,766-40) de que habla la sentencia apelada, sino de mil ciento ochenta y tres pesos con sesenta y ocho centavos (\$ 1,183-68).”

El apoderado del demandante interpuso el recurso de casación, que le fue concedido por el Tribunal, y que la Corte admite, por hallarlo ajustado a la ley.

Se acusa la sentencia en primer término, “como violatoria de leyes sustantivas por mala apreciación de las cuentas rendidas, en su generalidad o conjunto,” y subsidiariamente, “por error de hecho en las comprobaciones de las partidas objetadas de la cuenta,” lo cual deja entendiéndose que se alega la causal primera de casación.

“Acuso la sentencia—dice el recurrente—como violatoria de la ley sustantiva, encerrada en el artículo 5° del Decreto número 894 de 1915, según el cual ningún documento o escrito que deba estar extendido en papel sellado, será admitido por ningún empleado, funcionario o corporación públicos, cuando carezca de tal requisito, salvo el caso de habilitación.

“Esta disposición estaba en pleno vigor en los meses de abril o mayo de mil novecientos veintidós, en que fue presentado al Juzgado del conocimiento el cuerpo de cuentas, que viene a formar las fojas 38 a 46 del cuaderno principal de este expediente, y ellas, por virtud de lo previsto en el mismo Decreto 894 de 1915, debían haber sido presentadas en papel sellado, en virtud de las siguientes disposiciones de tal acto:

‘Conforme al artículo 3° de ese Decreto, se extenderán en papel sellado los actos y documentos que se expresan en seguida:

‘1° Los memoriales, escritos y peticiones que se dirijan o presenten a cualquier funcionario, autoridad o corporación públicos, ya sean de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios.

‘2° Los testimonios, cuentas, finiquitos, copias o certificaciones que se deban usar judicial u oficialmente.

‘8° Toda clase de actuaciones o diligencias judiciales o administrativas en negocios civiles.

‘34. Los actos, documentos o diligencias que deban usarse administrativa o judicialmente, no clasificados ni exceptuados de una manera especial.’

“Sostengo que es sustantiva la disposición del artículo 5° transcrito, del Decreto 894 en referencia, porque mira al valor o a la invalidez de los documentos o actos escritos a que pueda referirse, y mirando a esa validez, reglamenta la forma de dichos actos, y a la verdad con carácter tan imperativo e inexcusable, que viene a ser para esos actos una verdadera solemnidad, en la cual, como muy bien sabéis, la forma da la sustancia: **forma dat esse rei**. No necesito detenerme especialmente para haceros la consideración de que las leyes que reglamentan las pruebas serán sustantivas, cuandoquiera que se dirijan a graduar el valor del acto, y serán solamente procesales cuando miren al modo de producir la probanza. En efecto: en el primer caso, regulando el efecto del acto sobre la convicción judicial, regulan necesariamente también el reconocimiento o la pérdida del respectivo derecho que se está debatiendo, pues que en todos los tiempos y en el campo judicial ha sido verdad que el derecho que no se pruebe, que no aparezca en la forma debida, es como si no existiera: **cum paria sint**, decían los prácticos de la Media Edad, **non esse ac non apparere**. Si el derecho no es reconocido, ese fenómeno de su desconocimiento afecta su sustancia, y es bien sabido que la ley sustantiva es aquella que mira al nacimiento, a la subsistencia o a la pérdida del derecho en sí mismo.

“Como consecuencia de la violación del referido artículo 5° del Decreto 894, que queda explicada, vino la violación del artículo 1383 del Código Judicial, según el cual toda cuenta debe presentarse con sus comprobantes, y formularse con claridad y con la debida separación de asuntos y partidas. En efecto: habiendo adquirido mi representado el derecho de que se le rindiesen cuentas por intermedio de la autoridad, se vino a admitir la presentación de un acto inválido, según todo lo visto.

“Y no puede decirse que el rechazo de la cuenta no fue pedido en ninguna de las instancias por mi representado, porque el silencio, y aun el asentimiento de él no libraba al Tribunal sentenciador del deber de atemperarse al mandato del artículo 5° del Decreto número 894 de 1915, que he invocado y transcrito aquí. Es éste un instituto de carácter público obligatorio, inspirado en el bien general, y como tal, no susceptible de renunciarse ni derogaciones de origen individual, de acuerdo con las reglas fundamentales de los artículos 15 y 16 del Código Civil.”

Como consecuencia de la violación del artículo 5° del Decreto 894, citado por el recurrente, dice éste que se violaron también los artículos 2106, 2181 y 2° del Código

Civil, y 1915 y 1383 del Código Judicial. Pero sin entrar a considerar las cuestiones de fondo que en la contestación de este cargo plantea la parte opositora, basta tener en cuenta el siguiente reparo que esa misma parte le hace a ese primer motivo:

"El demandante—observa el opositor—al dársele traslado de las cuentas presentadas por el demandado señor Juan Pablo Echeverri J., aceptó la mayoría de las partidas, y bajo la base de esa aceptación y de las objeciones que hizo, dedujo el Tribunal el saldo; pero en manera alguna, se repite, ni al contestar ese traslado, ni en ninguna de las instancias, hizo objeción a las cuentas, por no haber sido presentadas en papel competente.

"Por tanto, conforme a la jurisprudencia de la Corte que he transcrito y que está en un todo en armonía con los principios que regulan la casación civil, no puede ahora alegar contra tales cuentas por el motivo que lo hace el actor."

Muy fundada es esta objeción, puesto que si el cargo prosperara, quedaría anulada la aceptación que de la mayor parte de las partidas hizo la misma parte recurrente al contestar el traslado de las cuentas, formulando las objeciones que han sido materia de la litis, quedando fuera de ella la comprobación de las otras partidas expresamente aceptadas por el demandante. Si la parte recurrente creyendo, como cree, que las cuentas debieron ser presentadas en papel sellado, no las tachó por ese motivo en ninguna de las instancias del juicio, sino que, al contrario, las dio por bien presentadas, puesto que las tomó en consideración y aceptó la mayor parte de las partidas sentadas en ellas, no puede venir ahora a acusar la sentencia por ese motivo, porque ello constituye un medio nuevo, inadmisibles en este recurso.

Subsidiariamente—como se dijo—se acusa la sentencia por error de hecho, y esa acusación se desarrolla en estos dos motivos:

"Motivo a):

"Acuso error de hecho evidente en la apreciación contenida en el segundo párrafo del folio 89 del cuaderno principal, concebido así:

"En cuanto a la partida marcada con el número 8, por setenta y cinco pesos (\$ 75), valor de tres novillos a veinticinco pesos (\$ 25) cada uno, los cuales novillos, dice el demandado, fueron entregados al señor Alejandro Ochoa; a la número 9, por ochocientos veinticinco pesos (\$ 825), valor de quince vacas, a cincuenta y cinco (\$ 55) cada una, entregadas al mismo señor Ochoa, y a la número 10, por ochenta y cinco pesos (\$ 85), valor de un novillo, entregado también al mismo Ochoa, y cuyos valores figuran como recibidos por el demandante Robledo, debe advertirse que, no negando el señor Robledo el recibo de tales valores, comoquiera que sus objeciones sólo tienden a que se compruebe la entrega de tales animales, tales objeciones no tienen razón de ser, pues lo uno supone necesariamente lo otro."

"Para juzgar del error de esta apreciación, basta revisar el cuadro número 2 de la cuenta, y ver cómo él se refiere todo a los valores que recibió don Luis Robledo de don Juan Pablo Echeverri, según dice este último, esto es, totalmente, a descargos del responsable, descargos que no traen en su abono ningún comprobante. De esta manera, sólo podrían estimarse corrientes y admitirse esas partidas en el caso de que hubiera sido confesada su exactitud con confesión explícita del demandante. Mas

acontece que todas las tres partidas a que se refiere el párrafo transcrito del sentenciador, fueron rechazadas por el demandante total y abiertamente, lo que significa para cualquiera que el demandante no ha recibido esos valores. Sin embargo, el sentenciador asegura, sin que se sepa en qué se funda, que el demandante no ha negado esos recibos. En una palabra: deduce confesión a cargo de mi representado de donde no la hay, procediendo de una manera fantástica o por adivinación, y no por análisis de los hechos: la violación, por este error de hecho, de los artículos 555 del Código Judicial, 1769 del Civil, y el agravio neto para mi representado son palpables, y evidente, asimismo, la necesidad de que la Corte varíe esa apreciación del sentenciador, excluyendo del haber las partidas que incluye el párrafo transcrito."

Se considera:

Estudió el Tribunal cada una de las tres partidas a que este cargo se refiere, a saber: la 8ª, por valor de tres novillos, a \$ 25 cada uno, "entregados al señor Ochoa"; la 9ª, por "valor de quince vacas, al precio de \$ 55 cada una, entregadas al mismo señor Ochoa, entre ellas dos paridas," y la 10ª, por \$ 85, "valor de un novillo grande, entregado al mismo señor Ochoa"; y estudió, asimismo, las respectivas objeciones, que son de este tenor:

"Objeto la partida por \$ 75, que se dice valor de tres novillos a \$ 25, para que se compruebe, pues no tengo conocimiento de ella."

"Objeto la partida de veinte de febrero de mil novecientos veinte, por \$ 825, pues la niego, y debe comprobarse."

"La partida de la misma fecha, valor de un novillo, que dice entregado al señor Alejandro Ochoa, la niego, y debe comprobarse."

De todo ello deduce el Tribunal que como los valores de esas partidas que figuran en el cuadro número 2, que contiene la "cuenta de los valores que recibió don Luis Robledo del señor Juan Pablo Echeverri J." figuran como recibidos por el demandante, "debe advertirse que, no negando el señor Robledo el recibo de tales valores, comoquiera que sus objeciones sólo tienden a que se compruebe la entrega de tales animales, tales objeciones no tienen razón de ser."

El recurrente estima que el Tribunal incurrió en error de hecho al hacer esa apreciación; pero observa la Corte que no hay la debida claridad ni en la descripción de las partidas en la cuenta rendida por el responsable ni en las objeciones de Robledo, ya que en aquellas no se establece con nitidez si fue que se entregó a Robledo en efectivo el valor de esas tres partidas, o si es que los animales de que en ellas se habla fueron entregados a Ochoa por cuenta de Robledo, cargándole a éste el valor de ellos. Pero lo natural era que Robledo, al rechazar esas partidas, convencido de su inexactitud, lo hubiera hecho con la debida precisión y claridad de modo perentorio y no en la forma un tanto evasiva en que lo hace, dejando entrever que no se halla en capacidad de negar rotundamente la verdad de la imputación que se le hace, y apenas se arriesga a la eventualidad de que el adversario se encuentre en condiciones de probar esos hechos.

Ante semejante situación, no puede decirse que es evidentemente errónea la apreciación del Tribunal, y a este respecto ha dicho la Corte que "un error de hecho posible simplemente, mas no evidenciado en los autos, no puede tenerse en cuenta para el efecto de casar la sen-

tencia," y que "cuando la cuestión de hecho apreciada por el sentenciador ofrece dudas, no es posible declarar que hay error de hecho evidente en la apreciación que de ella se haga." (Casación de 31 de mayo de 1911, *Gaceta Judicial*, XIX, 346, 1ª, y Casación de 9 de julio de 1908, *Gaceta Judicial*, XVIII, 357, 1ª).

No hay, pues, lugar a infirmar la sentencia por este motivo.

Motivo b). Dice el recurrente:

"Acuso error de hecho evidente en la apreciación contenida en el párrafo tercero del folio 89, y en los dos primeros de la vuelta del mismo folio, todo del cuaderno principal.

"Dicen así esos apartes:

"Se vio también que el señor Robledo objetó la partida marcada con el número 14, por ocho mil quinientos pesos (\$ 8,500), valor de cien novillos, a ochenta y cinco pesos cada uno (\$ 85), que según el demandado tomó el demandante Robledo, y fueron despachados a la hacienda de Barcelona, de propiedad de Robledo. Las mayores diferencias en este juicio han girado alrededor de esta partida, y a ella y sólo a ella se refieren las pruebas aducidas en él.

"Tanto el número de novillos como el avalúo hecho y el envío a la hacienda de Barcelona, aparecen comprobados. La diferencia estriba en que el demandante no acepta, como lo sostiene Echeverri, que esos novillos los hubiera tomado él y se hubieran llevado a tal hacienda por su cuenta; pues dicen que fueron llevados por cuenta de Echeverri y como de la Compañía. Mas es lo cierto que, si se tiene en cuenta que Robledo confesó haber vendido tales novillos y entrado el valor de ellos a su caja, fue porque los consideró suyos, porque de otro modo no hubiera verificado la venta sin intervención de Echeverri, como lo hizo, y menos hubiera entrado tal valor a su caja, sino que lo hubiera abonado a la cuenta de la Sociedad. Por esta razón hay que aceptar que tal objeción carece de valor alguno.

"Por las mismas razones no tiene valor la objeción hecha a la partida marcada con el número 25, por treinta pesos treinta y dos centavos (\$ 30-32), valor gastado en la conducción de tales novillos a la hacienda de Barcelona, porque si Echeverri era el encargado de hacerlos transportar, el gasto que ello ocasionara no podía haberlo por su cuenta, sino por cuenta de la Sociedad o de Robledo."

"Ya se ha visto que las dos partidas a que se refiere esta apreciación del sentenciador pertenecen al cuadro número 2 de la cuenta, o sea al de los valores que se dicen recibidos por el señor Robledo. Esas partidas no trajeron comprobante, ni él fue producido durante el juicio. Mi representado rechazó la partida, sosteniéndose en ese rechazo, y aunque historió lo que había sucedido con los cien novillos, de esa historia no se deduce que los cien novillos le estuvieran destinados. Como se ve de la explicación dicha, que corre a foja 53 del cuaderno principal, lo que hubo fue un acto que ejecutó con esos novillos el señor Echeverri, acto cuyo carácter verdadero no se ha puesto en claro. Mi representado se limitó, por un deber de delicadeza, a hacer presente el recibo en su caja de la cantidad de tres mil seiscientos cincuenta y seis pesos oro. Pero desde luego, no se sabe si aún esta misma cantidad se imputa a la Compañía o al señor Robledo. De este modo ha sido totalmente arbitraria y contraria a los hechos palpables la aprecia-

ción contenida en los párrafos transcritos, en los cuales se contiene igualmente la apreciación relativa a la partida de treinta pesos treinta y dos centavos por la conducción de los novillos, partida que ha de correr la misma suerte de la principal, en el rechazo que corresponde a la Corte hacer de este descargo, variando la apreciación del sentenciador por el error de hecho cometido por éste, al estimar confesión donde no la ha habido, con agravio neto para mi representado y violación de los artículos civiles, sustantivos, 555 del Código Judicial y 1769 del Civil."

La vaguedad con que se anuncia este cargo, sería razón suficiente para desecharlo, si no fuera porque al final del razonamiento encaminado a demostrarlo, se da a entender que la mala apreciación en que se dice incurrió el sentenciador, por error de hecho, se hace consistir en "estimar confesión donde no la ha habido," en concepto del recurrente; y aunque tampoco se expresa en qué concepto han sido violados los artículos 555 del Código Judicial y 1769 del Civil, se observa que, como claramente lo dice el Tribunal, éste fundó su concepto no sólo en la confesión del demandante sino en todas las otras pruebas aducidas en el juicio, y todas las cuales se refieren únicamente a la partida de que trata este cargo: con esas pruebas halló el Tribunal justificada la partida, en cuanto al número de novillos, en cuanto a su avalúo y en cuanto al envío de esos novillos a la hacienda de Barcelona; y la circunstancia de que el envío de ese ganado a la expresada hacienda del demandante se hizo por cuenta de éste, que los tomó para sí, el Tribunal encuentra comprobada la partida en examen, por haber vendido Robledo dicho ganado sin intervención de Echeverri, único administrador del negocio, y por la confesión de Robledo, de haber entrado a su caja el valor de esos novillos, siendo así que si la venta se había hecho por cuenta de la Sociedad, el precio habría sido abonado a la cuenta de ésta. El recurrente no ha demostrado el error de esa apreciación, pues al contrario, tratando de demostrar ese error, dice que Robledo, al vender esos novillos, lo que ejecutó fue un "acto cuyo carácter verdadero no se ha puesto en claro," y que se limitó, por un deber de delicadeza, a hacer presente que su caja recibió la suma de tres mil seiscientos cincuenta y seis pesos oro (producto de la venta de los referidos novillos)."

"Pero desde luego—advierde el recurrente—no se sabe si aún esta misma cantidad se imputa a la Compañía o al señor Robledo."

Así, pues, si el recurrente no puede poner en claro el verdadero carácter del acto ejecutado por Robledo al vender los novillos de que se trata, sin la intervención de Echeverri, ni sabe tampoco si los tres mil seiscientos cincuenta y seis pesos, producto de esa venta, que entraron a la caja de Robledo, se imputaron a la Compañía o a Robledo, mal puede acusar de error evidente de hecho la deducción que sacó el Tribunal del hecho comprobado por Robledo de haber entrado a su caja el quince de septiembre de mil novecientos veintiuno, los \$ 3,656, producto de la venta de los precitados novillos, si tal concepto no se halla contradicho de modo evidente con otras pruebas del proceso.

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, declara: no hay lugar a infirmar el fallo recurrido proferido en la presente causa por el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Manizales, el trece de noviembre de mil novecientos veintiocho.

Con costas a cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero diez y ocho de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

El doctor Miguel S. Uribe Holguín, en su propio nombre y como apoderado de la señorita Edelmira Jiménez, promovió juicio civil ordinario para que se hagan las siguientes declaraciones:

“Primera. Que es nulo el convenio sobre fijación de la línea divisoria entre el predio llamado Santívar, en jurisdicción del Municipio de San Antonio de Tena, de este Departamento de Cundinamarca, y el predio llamado o que se llamó La Esperanza, en jurisdicción del mismo Municipio, o un globo o unos globos de tierra, parte de este predio, que celebraron el doctor José María Pinto V., por una parte, y la señora Florinda González de González y su marido, señor Agustín González, y la señorita Edelmira Jiménez, por la otra parte, y que se hizo constar en la escritura número cuatrocientos cuarenta y cinco, de veintiséis de junio de mil ochocientos noventa y seis, otorgada en la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá, sea que es nula la enajenación en que consistió en el fondo, dicho convenio.

“Segunda. Que soy dueño de un lote o globo de tierra, parte del segundo predio y que aparece como parte del otro, a virtud de tal convenio, situado en jurisdicción del Municipio de San Antonio de Tena, y alinderado así: desde el punto en que la quebrada Bernardina corta el camino público que va de Tequendama al Colegio, una línea recta que, pasando por el alto del Robledal, va a las Peñas Blancas, línea de una longitud de cuatro mil ochocientos cincuenta y cinco metros, y de un rumbo magnético, tomado en mil ochocientos noventa y ocho, de diez y ocho y medio grados centesimales Sur-Este; de las Peñas Blancas otra línea, por toda la cima de la cordillera, hasta el cerro Cónico; y del cerro Cónico, una línea recta al punto inicial.

“Tercera. Que la sociedad mencionada, actual poseedora de este lote o globo, debe restituírmelo o entregármelo dentro de tres días de notificada la sentencia que dé término al juicio que promuevo, junto con sus frutos, y no solamente los percibidos, sino los que hubiera podido percibir yo, con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en mi poder, desde la contestación de la demanda y hasta la restitución o entrega del lote o globo; y que a falta de los frutos, me deberá el valor al tiempo de la percepción.

“Cuarta. Que el doctor José María Pinto V. me debe los frutos del mismo lote o globo, y no sólo los percibidos, sino los que hubiera podido percibir yo con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en mi poder, y a falta de estos frutos, su valor al tiempo de la percep-

ción, desde que él entró en posesión del lote o globo a virtud del convenio citado, hasta la contestación de la demanda, o por lo menos, hasta que él vendió el lote o globo, junto con la hacienda o predio llamado Santívar, a la sociedad mencionada.

“Quinta. En subsidio de las declaraciones segunda, tercera y cuarta, que se hagan esas mismas declaraciones, pero no a mi favor exclusivamente, sino a favor de la señorita Edelmira Jiménez y al mío, esto es, se declare que el lote o globo nos pertenece a ambos; que a ambos se nos debe restituir o entregar, y que las responsabilidades por los frutos son para ambos; y

“Sexta. Que los demandados deben pagarnos a la señorita Jiménez y a mí las costas del juicio que promuevo.”

Fundó la demanda en los siguientes hechos:

“Primero. El doctor Pinto V., por una parte, y la señora Florinda González de González, y su marido, señor Agustín González, y la señorita Edelmira Jiménez, por la otra parte, celebraron el convenio sobre fijación de la línea divisoria entre el predio llamado Santívar, de propiedad del doctor Pinto V., y el predio llamado o que se llamó La Esperanza, o un globo o unos globos de tierra, partes de este predio, de propiedad de este globo o de estos globos de la señora Florinda González de González y de la señorita Jiménez, que reza la supracitada escritura número cuatrocientos cuarenta y cinco.

“Segundo. Este convenio consistió aparentemente en la fijación de una línea divisoria dudosa. En el fondo consistió en que el lote o globo de tierra determinado por su situación y linderos en la segunda cláusula de la parte petitoria de la demanda, parte del globo o de los globos de tierra pertenecientes a la señora González de González y a la señorita Jiménez, pasara a ser parte del predio llamado Santívar, esto es, en la enajenación al doctor Pinto V. de este lote o globo de tierra.

“Tercero. La línea divisoria no era dudosa, ni es dudosa. El lote o globo de tierra determinado por su situación y linderos es parte del predio llamado o que se llamó La Esperanza, y había sido poseído por los dueños de La Esperanza, de tiempo atrás, y por el término de la prescripción y más término aún.

“Cuarto. Cuando se celebró el convenio, la señora Florinda González de González era mujer casada, y para celebrarlo o para llevar a cabo la enajenación que en el fondo se llevó a cabo, no se obtuvo la necesaria autorización judicial.

“Quinto. La hacienda de La Esperanza se dividió, según consta en la escritura número dos mil treinta de catorce de octubre de mil ochocientos noventa y nueve, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá.

“Sexto. Aunque la señora González de González y la señorita Jiménez eran dueñas del globo o de los globos, parte de esta hacienda, de los cuales se separó el lote o globo que pasó a ser parte de Santívar, como cuerpos ciertos, ese globo o esos globos entraron en la división de La Esperanza, como aparece de la última escritura citada; y a cada una de ellas se le dio su derecho en la adjudicación que se le hizo, según la misma escritura.

“Séptimo. En la adjudicación que se le hizo a la señora González de González, según la misma escritura, de varios lotes, quedó incluido el todo del globo o los globos, partes de La Esperanza, de los cuales se separó el

lote o globo que pasó a ser parte de **Santíbar**, según el convenio citado.

“Octavo. Las señoritas Carmen Elisa, Francisca y Dolores del Socorro González y el señor Manuel María González, como aparece de la escritura número mil cuatrocientos cuatro, de quince de septiembre de mil novecientos diez y siete, otorgada en la Notaría primera del Circuito de Bogotá, me vendieron los lotes de **La Esperanza** que se adjudicaron en la división a la señora González de González y los cuales constituyen la hacienda que conservó ese nombre, y junto con esta hacienda, y según declaración hecha en dicha escritura, el lote o globo que pasó a ser parte de **Santíbar** según el convenio acerca de linderos, que es parte de la hacienda que compré y que reivindico.

“Noveno. Si no fuera dueño exclusivo de este lote o globo, porque los globos o globo de los cuales se lo desprendió, eran cuerpos ciertos cuando se efectuó la división de **La Esperanza**, seríamos dueños en común de él la señorita Jiménez y yo.

“Décimo. La Société Belge de Crédit Foncier compró al doctor Pinto V. la hacienda o predio de **Santíbar**, por linderos que incluyen el lote o globo que reivindico; y es poseedora de tal lote o globo.

“Undécimo. Cuando se celebró el convenio acerca de linderos o llamado de linderos, sea cuando el lote o globo que reivindico pasó a **Santíbar**, el doctor Pinto V. sabía que ese globo no hacía parte de esta hacienda. Primero se celebró otro convenio, que reza la escritura que luego citaré, el que no pudo siquiera ejecutarse porque una enorme parte de la hacienda de **La Esperanza** habría pasado a **Santíbar**, a lo que se opusieron los contratantes con el doctor Pinto V. y luego se substituyó ese primer convenio con el otro.

“Duodécimo. Las señoritas González y el señor González, quienes me vendieron la hacienda de **La Esperanza**, parte de la antigua, son todos los herederos universales de la señora Florinda González de González. En la partición efectuada en el juicio de sucesión de esta señora, se les adjudicó la hacienda que me vendieron y que yo les compré.

“En derecho—dijo el demandante—fundo la demanda que promuevo en los artículos 1740 y siguientes, 496 y siguientes y 1810 del Código Civil, en los concordantes y en los demás pertinentes.”

El representante de la Société Belge de Crédit Foncier no dio contestación a la demanda; pero el doctor Pinto V. si la contestó, manifestando que no conviene en la acción intentada, sino que la rechaza y contradice por las razones que contra los hechos en que aquella se apoya, expone ampliamente.

El Juzgado cuarto del Circuito de Bogotá, que conoció del negocio, profirió el fallo de primera instancia el 14 de julio de 1923, en estos términos:

“Declárase nulo en parte el convenio sobre fijación de la línea divisoria entre los predios llamados **Santíbar** y **La Esperanza**, situados en la jurisdicción del Municipio de San Antonio de Tena, celebrado por el doctor José María Pinto Valderrama, por una parte, y la señora Florinda González de González y su marido Agustín González y la señorita Edelmira Jiménez, por la otra parte, o sea en cuanto dice relación al globo o globos de tierra de propiedad de la señora González de González. En lo

tocante a la señorita Jiménez, tal contrato o convenio no es anulable y por lo tanto es válido. (El convenio a que se alude en esta declaración es el consignado en la escritura número 445, otorgada en la Notaría 4ª de esta ciudad, el 26 de junio de 1896).

“Niéganse los demás pedimentos demandados.”

El demandante Uribe Holguín y el demandado Pinto V. apelaron de esa sentencia, y el 28 de agosto de 1930 el Tribunal Superior de Bogotá profirió la de segunda instancia, en la cual, entre otras cosas, dijo:

“Se trata, pues, en esta primera petición de la demanda, de obtener la declaración de nulidad de la convención de que habla la escritura número 445, por tratarse en ella, en el fondo, de una enajenación de un bien raíz, y ser aplicables al caso los artículos 1740 y 1741 del Código Civil.

“De la naturaleza de la petición que se estudia, así como de los hechos que le sirven de fundamento, y si se ha de atender al principio general de que al demandante corresponde la prueba de los hechos en que fundamenta su demanda, se deduce que el actor en este juicio está en la obligación de demostrar, para la efectividad de sus pretensiones, lo siguiente: la existencia del convenio o contrato cuya nulidad demanda; la causa o razón de la cual deduce aquella nulidad, o sea que el contrato acusado implica en el fondo una enajenación de bien raíz, y que la contratante Florinda González de González tenía la condición de mujer casada cuando lo celebró; y por último, como se trata de una nulidad relativa, que le asiste el derecho para demandarla.

“La nulidad relativa no puede alegarse, según el precepto del artículo 1743 del Código Civil, sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios.

“Que el actor, señor Miguel S. Uribe Holguín, tiene facultad para pedir la nulidad del contrato acusado, se desprende de la escritura número 1404 de 15 de septiembre de 1917, pasada ante el Notario 1º de este Circuito, en la que consta que Carmen Elisa, Francisca y Dolores del Socorro González, venden a Miguel S. Uribe Holguín la hacienda de **La Esperanza**, cuya situación y linderos se determinan allí, y en la cual escritura existe la siguiente cláusula: ‘Los vendedores venden también al doctor Uribe Holguín y éste les compra otro terreno, asimismo parte de la hacienda situada en el Municipio de San Antonio de Tena, que mide de diez a once fanegas y que linda: por el pie, con terreno de Romualdo Acero o que fue de éste; por el costado derecho, con la hacienda de **La María**; por cabecera, con terrenos de Antonio Acero o que fueron de él, y por el costado izquierdo con terrenos de Estanislao Jiménez o de Edelmira Jiménez. Este lote se le adjudicó a Agustín González, en la partición efectuada en el juicio de sucesión de Florinda González de González y pertenece a los vendedores por ser ellos herederos universales y únicos herederos de dicho señor González, su padre, los vendedores no están en posesión material de este lote, ellos venden y ceden al doctor Uribe Holguín el lote mismo, los derechos y acciones que tienen a la herencia del señor Agustín González, la cual sólo consiste en este mismo lote, o sus derechos herenciales lo que mejor proceda en orden a que el comprador se haga dueño del lote o de los derechos que en él tienen los vendedores.’

"El derecho, pues, para pedir la nulidad del contrato demandado, lo deriva el actor de su calidad de cesionario de los herederos de Florinda González de González, quienes a su vez tienen tal derecho en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1743 del Código Civil.

"Si se examinan los títulos antiguos—agrega la sentencia—de las fincas en relación con sus linderos, y se hace una comparación con la línea divisoria que contiene el convenio acusado, se deduce la existencia de una zona de terreno que perteneciendo primitivamente a La Esperanza, pasó a formar parte por virtud del convenio acusado de la finca de Santibar, lo que quiere decir que por el citado convenio, si hubo traspaso de un lote que pertenecía a una de las fincas en favor de la otra.

"En esas condiciones se hace más claro que para demostrar la existencia del convenio acusado, precisaba que lo fuese por medio de un título registrado, circunstancia ésta que como ya se ha hecho notar en este fallo, no contiene la copia de la escritura presentada con tal fin, y por lo mismo no puede dársele valor probatorio ninguno. Esta sola circunstancia, increíble que pudiera pasar inadvertida por el actor, es razón suficiente para absolver al demandado Pinto Valderrama del cargo que contra él se formula en la primera petición de la demanda, porque mal puede declararse nulo un convenio, pero ni siquiera entrar a estudiarse si es nulo o nó, cuando la existencia de tal convenio no está acreditada en forma legal.

"La segunda petición de la demanda dirigida contra la sociedad Belge de Crédit Foncier, sociedad domiciliada en Amberes (Bélgica), envuelve una acción reivindicatoria sobre el lote que por virtud del convenio de 1896 pasó a ser de propiedad del dueño de la finca de Santibar, de quien es poseedora actualmente la sociedad demandada, y se funda en la declaración previa de la nulidad de tal convenio; pero como esta declaración no se hace en el presente fallo por la razón anotada ya y la convención queda con todo su valor, la acción reivindicatoria es improcedente, lo mismo que las demás acciones formuladas como consecuencia de ella, y la petición subsidiaria.

"Por lo expuesto, el Tribunal resuelve:

"1° Revoca la sentencia apelada en la parte de ella en que se declara nulo parcialmente el convenio de que trata la escritura número 445 de 26 de junio de 1896.

"En consecuencia, se absuelve al demandado Pinto Valderrama de los cargos de la demanda.

"2° Confírmase en lo demás la mencionada sentencia de catorce de julio de mil novecientos veintitrés.

"Sin costas el recurso por haber apelado ambas partes."

Concedido por el Tribunal el recurso de casación que contra esa sentencia propuso la parte demandante, la Corte lo admite por hallarlo arreglado a la ley, y procede a fallarlo.

Se alega la causal primera de casación, y en apoyo de ella se aducen los siguientes motivos:

1°. Dice el recurrente doctor Uribe Holguín, "¿por que pedí yo la declaración de nulidad del convenio sobre fijación de la línea divisoria? Para destruir una excepción fundada en el convenio, en su validez, que da por probada el Tribunal cuando dice que el convenio queda con todo su valor contra lo que asienta de que la copia de

la escritura no hace fe, no hace prueba, por la falta de la nota de registro, y que el poseedor habría opuesto a la sola acción reivindicatoria.

"En otras palabras, era el convenio sobre la línea divisoria lo único que podía enervar la acción reivindicatoria. Por esto pedí la declaración de nulidad de ese convenio, anticipándome, si así puedo expresarme, a los demandados, que habrían opuesto ese mismo convenio, en el concepto de su validez, a la sola acción reivindicatoria.

"Pero el hecho de haber pedido yo la declaración de nulidad, no varió la naturaleza de las cosas. Los interesados en la existencia de ese convenio y en su validez, son los demandados. A ellos incumbía la prueba del convenio, conforme al artículo 542 del Código Judicial, según el cual el demandado debe probar los hechos en que funda sus excepciones, y conforme al 543 del propio Código, que hace la prueba de quien afirma una cosa, no de quien la niega. Yo ataco ese convenio. La prueba de mi cargo era la de la nulidad, si el mismo convenio aparecía acreditado. La nulidad del convenio me daba acción reivindicatoria del lote o globo, por destruir el convenio, que es lo que me interesa. La falta de prueba del mismo convenio, con mayor razón me la da, porque lo no probado es como si no existiera, por manera que si la copia de la escritura, por falta de la nota de registro, no hace fe, no hace prueba, con mayor razón el Tribunal debió decretar la reivindicación. Todo obstáculo desaparecía.

"El Tribunal negó la declaración de nulidad del convenio, por faltar la nota de registro en la copia presentada de la escritura de ese convenio, y porque, de acuerdo con el artículo 2673 del Código Civil, los títulos sujetos a inscripción no hacen fe si no han sido inscritos. Faltó la prueba del convenio. Y por idénticas razones debió llegar a la conclusión de que faltaba esta prueba, la del convenio, para darlo por existente y aun por válido, y por obstáculo para decretar la reivindicación.

"Incurrió el Tribunal en error de derecho en la apreciación de la copia de la escritura del convenio sobre la línea divisoria, en cuanto dijo que ese convenio quedaba con todo su valor, esto es, por existente y aun por válido, contra el artículo 2673 del Código Civil y también contra los otros dos textos citados atrás, los artículos 542 y 543 del Código Judicial, contradiciéndose, puesto que, en cuanto a no declarar la nulidad del convenio, si dijo que no había prueba del convenio o que la copia de la escritura no hace fe. Si no hace fe para la declaración de la nulidad, tampoco la hace para dar por celebrado el contrato y para darlo aún por válido.

"Alego este error de derecho en la estimación de tal prueba, que no es prueba para efecto alguno."

"A consecuencia de este error, dice el recurrente, el Tribunal violó los artículos 946, 950 y 964 del Código Civil."

De toda esta exposición del recurrente, sólo resulta el cargo de que "incurrió el Tribunal en error de derecho en la apreciación de la copia de la escritura del convenio sobre la línea divisoria en cuanto dijo que ese convenio quedaba con todo su valor," y que, a consecuencia de ese error violó, por no haberlos aplicado, los artículos 542 y 543 del Código Judicial, y 946, 950 y 964 del Código Civil. Pero no es el caso de entrar a examinar toda esa argumentación, pues basta observar que aunque es cierto que el Tribunal dijo en la parte motiva del fallo recu-

rrido que como en él no se hace la declaración de que es nulo el convenio de que se trata, "la convención queda con todo su valor," tal concepto no influyó directa ni indirectamente en la parte resolutive de dicha sentencia, esto es, ese concepto, propiamente hablando, no constituye fundamento del fallo, ya que la razón en que se fundó el Tribunal para revocar la sentencia de primera instancia y absolver al demandado Pinto Valderrama de los cargos de la demanda, es la consignada en los siguientes párrafos de la sentencia recurrida:

"Para acreditar la existencia del convenio acusado, se ha presentado en el juicio, en copia, la escritura número 445 de 26 de junio de 1896, pasada ante el Notario 4° de este Circuito, en la cual consta el convenio con todas sus determinaciones. Desde luego se advierte que esta copia acompañada a los autos, carece de la formalidad del registro. En estas condiciones, y tratándose como se trata de un título de los que, según el artículo 2652 del Código Civil necesitan de la formalidad del registro, es de rigurosa aplicación el artículo 2673 ibidem, que dice:

"Ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hacen fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código."

Más adelante recalca el Tribunal.... "para demostrar la existencia del convenio acusado, precisaba que lo fuese por medio de un título registrado, circunstancia esta que como ya se ha hecho notar en este fallo, no contiene la copia de la escritura presentada con tal fin, y por lo mismo no puede dársele valor probatorio ninguno. Esta sola circunstancia, increíble que pudiera pasar inadvertida por el actor, es razón suficiente para absolver al demandado Pinto Valderrama del cargo que contra él se formula en la primera petición de la demanda, porque mal puede declararse nulo un convenio, pero ni siquiera entrar a estudiarse si es nulo o nó, cuando la existencia de tal convenio no está acreditada en forma legal." Por lo visto, tampoco es del caso entrar a examinar si es fundado o infundado ese concepto del Tribunal que para nada ha influido en la parte resolutive de la sentencia. Desde há mucho tiempo, con harta frecuencia, viene repitiendo la Corte que "la sentencia de los fallos judiciales está en la parte resolutive de ellos, en la decisión que define y reconoce los derechos materia de la controversia y no en las consideraciones de la sentencia, tomadas aisladamente"; y que "los conceptos erróneos en que incurra el Tribunal en la parte considerativa de una sentencia, no basta a infirmarla en casación, si tales conceptos no fueron los que determinaron el fallo, y éste, por otra parte, es legal." (Casación de 26 de octubre de 1910, *Gaceta Judicial*, XIX, 164, 1°; y casación de 11 de diciembre de 1907, *Gaceta Judicial*, XVIII, 218, 1°). El cargo carece de fundamento.

2° Dice el recurrente:

"Hasta aquí he hablado en el supuesto de fundarse la acción reivindicatoria, como dice el Tribunal, en la declaración previa de la nulidad del convenio sobre la línea divisoria. Mas no es exacto que aquella acción esté fundada en esta declaración.

"Contra lo que asienta el Tribunal, ejercí aquella acción, no en la segunda petición de la demanda, que es de declaración de dominio, sino en la tercera, de conde-

nación de la Société Belge de Crédit Foncier, a restituirme o entregarme el lote o glóbo que posee y es de mi propiedad.

"No dije en la demanda que la acción reivindicatoria se fundara en la de nulidad o fuera consecuencia de ésta, ni allí se lee una sola palabra que dé asa a semejante interpretación. Solicito que se lea cuidadosamente la demanda. Las peticiones de que se me declare dueño del lote o globo que posee la sociedad nombrada y de que se condene a ésta a restituirme este lote o globo y a pagarme frutos, y la primera, la de nulidad del convenio sobre fijación de la línea divisoria, no están enlazadas en forma alguna y son independientes. La relación de los hechos, fundamento de la demanda, tampoco hace enlace alguno.

"Soy dueño del lote o globo que reivindico y tengo derecho a que este lote o globo me sea entregado, no porque sea nulo el convenio tantas veces citado, sino porque tengo un título de compraventa. En una sola demanda, lo repito, se pueden promover varias acciones, siempre que no sean contradictorias. Reivindico. Esta es la acción principal o sustancial, sobre la cual no falló el Tribunal, ante todo por un error de hecho en la apreciación de la demanda, que aparece de un modo evidente y que alego. Y pedí, lo repito también, la declaración de nulidad del convenio sobre la línea divisoria, y llevé al doctor Pinto, sin cuya audiencia no puede declararse esa nulidad, al juicio, para ganar tiempo, porque la sociedad poseedora lo habría llevado a virtud de denunciarle el pleito como a vendedor a ella si no lo hubiera llevado yo, perdiéndose unos cuantos días en denuncia, autos y notificaciones, y para anticiparme a destruir una excepción que, de seguro, me habrían opuesto denunciante y denunciado.

"El error de hecho en la apreciación de la demanda, aparece de un modo evidente. La demanda debe entenderse conforme a su tenor literal. No enlacé yo las peticiones de que vengo hablando; y, por lo mismo, no ha de enlazárselas.

"Atrás hice notar que si la escritura del convenio sobre la línea divisoria no hace fe, no puede quedar con todo su valor, como lo asienta el Tribunal, y que por no hacer fe, no podía ser obstáculo para declararme dueño del lote o globo de que pido se me declare dueño, ni para ordenar que éste se me restituuya. Si no hace fe esa escritura, la sociedad poseedora no tiene título. Yo sí lo tengo y perfecto. Lo dice el Tribunal en su fallo.

"En la demanda, como fundamento de derecho, no cito yo el artículo 1748 del Código Civil, según el cual la nulidad judicialmente pronunciada da acción contra terceros poseedores, y de no haberlo citado se sigue que no estuvo en mi mente enlazar las dos acciones propuestas, la de nulidad del convenio y la reivindicatoria. Son pues independientes estas acciones, aunque propuestas en una sola demanda.

"A consecuencia de ese error de hecho, por no haberlos aplicado el Tribunal siendo el caso de aplicarlos, la sentencia viola los citados artículos 946, 950 y 964 del Código Civil, por la misma razón expuesta en el capítulo anterior, sea porque, si no hubiera incurrido en ese error de hecho, en aplicación de estos textos, me habría declarado dueño del lote o globo que reivindico, habría condenado a la sociedad poseedora a restituirmelo y habría hecho la condenación a frutos pedida."

A consecuencia del error de hecho en la apreciación de la demanda, que aparece de modo evidente, en concepto del recurrente, dice éste que la sentencia viola también, por aplicación indebida al caso del pleito, el artículo 1748 del Código Civil.

Se observa: notoria es la contradicción en que incurrió el recurrente al afirmar con insistencia en este cargo, que la acción reivindicatoria ejercitada por él en la demanda, no se funda en la de nulidad y que a semejante interpretación no se presta la demanda, pues la petición del globo o lote de terreno de que trata el libelo no está enlazada en forma alguna a la de nulidad del convenio, después de haber dicho y sostenido como fundamento del cargo anterior, lo siguiente: "Yo ataco ese convenio. La prueba de mi cargo era la de la nulidad, si el mismo convenio aparecía acreditado. La nulidad del convenio me daba acción reivindicatoria del lote o globo, por destruir el convenio que es lo que me interesa."

Es asimismo inexplicable que después de haber hecho esta declaración y haber dicho en el escrito de demanda que, en derecho, funda ésta en "los artículos 1740 y siguientes del Código Civil," diga ahora que en la demanda él no citó como fundamento de derecho el artículo 1748 del mismo Código, siendo éste uno de los que siguen a aquél en el mismo capítulo, sobre nulidad y rescisión, y habiendo entre ellos tan íntima relación, que el primero (1740) declara las causas que hacen nulo todo acto o contrato, y el segundo (1748), declara los efectos de esa nulidad judicialmente pronunciada.

Pero ante todo conviene hacer notar que la "interpretación de la demanda es cuestión de hecho, de la privativa competencia del Tribunal." Así lo tiene resuelto la Corte en varias decisiones. (Casación de 15 de septiembre de 1909. *Gaceta Judicial*, XIX, 181, 1°); y como de la argumentación del recurrente no resulta demostrado el error que él le imputa al Tribunal, y menos aún una evidente equivocación del juzgador, este cargo también resulta infundado.

3° Dice el recurrente:

"Según el artículo 2673 del Código Civil, ningún título sujeto a inscripción hace fe en juicio, si no ha sido inscrito en la respectiva oficina o en las respectivas oficinas. ¿Significa este artículo que una copia de escritura pública, sin nota de registro, omisión que sólo puede ser en la copia, en tratándose de un contrato solemne y cuya solemnidad consista en la redacción de escritura pública, no es prueba alguna, como lo entendió el Tribunal por lo tocante con la acción de nulidad del convenio sobre la línea divisoria?

"No es prueba de un título eficaz, calificación con la cual sobrepongo algo innecesario, porque la idea de título incluye la de eficacia; pero sí es prueba de los hechos que reza. No es prueba de un acto o contrato eficaz, en que la ley requiere esa solemnidad, por no poderse suplir el instrumento público con otra prueba, según el artículo 1760 de dicho Código; mas este artículo agrega que vale el instrumento como privado si estuviere firmado por las partes, por manera que sí puede ser prueba, como en el caso de la copia de la escritura del convenio sobre la línea divisoria, de un convenio o contrato ineficaz.

"Pongo como ejemplo, para hacer resaltar lo que quiero decir, una demanda de nulidad de un contrato de hipoteca por falta de registro de ésta. Para registrar estos

contratos hay un término, después del cual no cabe el registro. El demandante presenta una copia de la escritura, sin nota de registro. Esta copia es prueba, sin duda alguna, del contrato nulo. Al demandado incumbía demostrar, si se opusiera a la declaración de nulidad, que el registro sí se hizo. No podría ser esta misma copia prueba de un contrato de hipoteca válido.

"El Tribunal, volviendo al caso de la copia de la escritura del convenio sobre la línea divisoria, interpretó de manera errónea el citado artículo 2673, en relación con el 1760, citado también, tanto más cuanto las partes en el juicio estuvieron de acuerdo en que el convenio fue celebrado y cuánto los Tribunales civiles son pasivos y no tienen iniciativas, al negar todo valor de prueba a esa copia para declarar una nulidad, no para tener eficaz ese mismo convenio; y, por lo mismo, la sentencia viola estos dos artículos por efecto de una interpretación errónea.

"Acuso también la sentencia por violación de estos dos artículos, que son también disposiciones sustantivas.

"El sentido de la palabra título, que es en aquel artículo, de entre los varios, según el Diccionario de la Lengua, el de 'demostración auténtica del derecho con que se posee una hacienda o bienes,' pone de manifiesto que la interpretación del citado artículo 2673 no es la que hace el Tribunal, sino la de que he hablado. Dicho artículo no reza que ninguna escritura pública, en copia, ni otro acto sujeto a registro, hagan fe si no llevan nota de haber sido registrados, sino que ningún título la hace si no ha sido registrado."

Se observa: ya ha sido condenada por la Corte la interpretación restrictiva del artículo 2673 del Código Civil como la que, para fundamentar su acusación, trata de hacer valer el recurrente en el último párrafo del cargo que se examina: "La palabra título, empleada en el artículo 2673 del Código Civil—ha dicho esta Superioridad—no tiene allí un sentido limitativo o restricto, sino que se aplica a todos los instrumentos, sean sentencias, escrituras, etc., sometidos a la formalidad del registro." (Casación de 17 de febrero de 1922. *Gaceta Judicial*, XXIX, 95, 3°); y como lo establece el artículo 2659, ordinal 10, del mismo Código, "está sujeto a registro o inscripción todo documento que se otorgue o protocolice ante Notario," con la sola excepción de los poderes especiales o generales para sólo pleitos, por especial disposición del artículo 41 de la Ley 95 de 1890. Esta sola consideración bastaría para rechazar este cargo; pero hay, además, esta razón fundamental:

Entre los fundamentos de hecho consignados en el libelo de demanda, expuso el recurrente, como **causa petendi**, las siguientes: que en las estipulaciones consignadas en la escritura pública número 445, de 26 de junio de 1896, el convenio de que allí se habla sobre fijación de una línea divisoria dudosa, no existe sino aparentemente, pues esa línea no era ni es dudosa, y lo que hay en el fondo de ella es una transferencia del dominio del lote de terreno individualizado en el punto segundo de la parte petitoria de la demanda, esto es, enajenación que de dicho lote hace a favor del doctor Pinto V. la señora Florinda González de González, siendo esta mujer casada y sin la necesaria autorización judicial, y en virtud de la cual el referido lote pasó a "ser parte de Santibár"; predio que entonces era de propiedad del doctor Pinto V. y que éste vendió después a la sociedad Belge de Cré-

dit Foncier, incluyendo en él el lote de que se trata; pero que a pesar de eso, en la división que se hizo de la hacienda de La Esperanza, de la cual hacía parte el dicho lote, éste figuró incluido en ella y le fue adjudicado a la misma señora González de G., y más tarde las señoritas Carmen Elisa, Francisca y Dolores del Socorro González, le vendieron al demandante, doctor Uribe Holguín, los lotes de La Esperanza, que se le adjudicaron a aquella señora, "y junto con esta hacienda, y según declaración hecha en dicha escritura (la de que da cuenta esa venta), el lote o globo que pasó a ser parte de Santívar, según el convenio acerca de linderos," esto es, a virtud de la enajenación que el mismo demandante afirma que se efectuó por medio de la mencionada escritura número 445 de 26 de junio de 1896. Fundado en esos hechos el doctor Uribe Holguín promovió el presente juicio para que por sentencia definitiva se declare nulo el convenio celebrado, o sea la enajenación efectuada por medio de la citada escritura 445, y al efecto, presentó ésta, no para demostrar el convenio sobre linderos, propiamente dicho, sino para comprobar que, en el fondo, lo estipulado en esa escritura (en la cláusula e), entraña una enajenación de un bien raíz de una mujer casada, sin que conste que para ello se obtuviera la necesaria autorización judicial.

A esa petición de nulidad de la enajenación del precitado globo de terreno, agregó el expresado demandante estas otras:

- 2° Que se le declare dueño de ese mismo globo de tierra;
- 3° Que la mencionada sociedad, actual dueña y poseedora de la hacienda Santívar, de la cual hace hoy parte dicho globo, debe restituírle éste;
- 4° Que el doctor Pinto V. le debe frutos;
- 5° Que al no hacerse las anteriores declaraciones a favor exclusivo del doctor Uribe Holguín, se hagan conjuntamente a favor del mismo y de la señorita Edelmira Jiménez; y
- 6° Que los demandados deben pagar las costas del juicio.

Como se ve, ninguna de esas peticiones ni ninguno de los hechos en que se fundan, tiene apoyo en la mencionada escritura 445, como mero dato privado indicativo de la línea allí acordada como lindero entre La Esperanza y Santívar, sino como documento que acredita la enajenación de un bien raíz. Como tal fue apreciado por el Tribunal que, de conformidad con lo establecido en los artículos 2652 y 2673 del Código Civil, le negó valor probatorio por carecer de la formalidad del registro.

Ahora el doctor Uribe Holguín, que hizo valer esa escritura para comprobar la enajenación de un bien raíz, acusa la sentencia del Tribunal porque no la apreció como documento privado, sin que en ninguna de las instancias del juicio la hubiera hecho valer como tal, y sin demostrar ni decir siquiera qué se proponía acreditar con esa prueba ni qué agravio le causaba el no haberla apreciado en ese concepto, en que él trata de hacerla valer ahora. Es, por tanto, igualmente infundado este último motivo.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia recurri-

da, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el veintiocho de agosto de mil novecientos treinta.

Con costas a cargo de la parte recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero veintitrés de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

El diez y siete de noviembre de mil novecientos treinta profirió la Corte la sentencia que se copia a continuación:

"Vistos:

"Ignacio Esparza, por medio de apoderado, entabló ante el Juez 2° del Circuito de Bucaramanga, juicio para que se decretara el deslinde y amojonamiento de la finca denominada La Floresta, situada en el paraje de La Vega de los Angeles, en jurisdicción del Municipio de Lebrija, contra Juan Carrillo y Gorgonio González, dueños, respectivamente, de los predios Palermo y Cutigatá, en la parte que con estas propiedades colinda. La finca La Floresta está delimitada así: por el Oriente, con terrenos de Juan Carrillo H., Pedro Sandoval y Miguel Serrano, sirviendo de lindero un mojón de piedra clavado en el punto llamado Cañoneras, el cual deslinda los terrenos de las sucesiones de Secundino González y Cirilo Esparza; de este mojón, en línea recta, a otro mojón de piedra, clavado a la orilla de una quebrada que separa los terrenos de Primavera y Floresta; por el Sur y Occidente, con terrenos de Eliseo Serrano C., Bartolomé Rujales, Secundino Ardila, Juan Maldonado y Gorgonio González, sirviendo de lindero con el último (González) la cabecera de un potrero, a orillas de una quebrada; de este punto, en línea recta, a dar a un mojón de piedra, clavado a orillas de Cañoseco; por el Norte, con terreno de Tiburcio, Felipe y Evangelista Argüello, sirviendo de lindero la orilla del desmonte que ellos y Juan Carrillo H. tienen allí; por esta orilla del desmonte, en línea recta, a dar a la otra línea recta que va de Norte a Sur por el costado de oriente del terreno que se tomó como primer lindero.

"Como base de la acción se enuncian estos hechos:

"1° El actor es dueño del terreno arriba descrito, por compra que de él hizo a las señoras Ana Mercedes y Elisa González, según escritura pública número trescientos ochenta y uno (381), de fecha nueve de mayo de mil novecientos veinticuatro, Notaría 2° de Bucaramanga.

"2° No está marcada sobre el terreno con cercas ni otras señales la línea divisoria que por el punto de oriente separa el predio de La Floresta del predio denominado Palermo, hoy de propiedad de Juan Carrillo, por compra que de él hizo a Pedro Sandoval, según la escritura número doscientos treinta (230), de veinticuatro de octubre de mil novecientos veintiuno, Notaría del Circuito de Girón; pues aun cuando el lindero en dicha parte está indicado por una recta que parte de un mojón de piedra en el punto llamado Cañoneras a otro mojón de piedra clavado a la orilla de la quebrada que separa los terre-

nos de **Primavera y Floresta**, no hay acuerdo entre los colindantes acerca de los puntos intermedios, y consiguientemente, acerca de la línea de separación.

"3° Por el punto de Occidente ocurre lo propio entre el predio de **Floresta**, de propiedad del demandante, y el predio de **Cutigatá**, de propiedad hoy del demandado Gorgonio González, según compra que hizo a Luis Felipe Tarazona, por medio de la escritura número ciento noventa y dos, de diez de febrero de mil novecientos seis, Notaría 1° del Circuito de Bucaramanga, pues no está tampoco señalada sobre el terreno en forma alguna la línea divisoria que separa los dos predios, la cual consiste en una recta, que arranca de la cabecera de un potrero, a orillas de una quebrada, a dar a un mojón de piedra clavado a orillas de **Cañoseco**, puntos distantes, que no permiten a la simple vista determinar los intermedios de la recta.

"4° Tanto el demandante como los demandados son dueños de los respectivos predios sobre que versa el deslinde, pero no ha sido posible que fijen amigablemente los mojones intermedios que determinen las líneas divisorias.

"El demandado González convino en la demanda, y el otro demandado, Carrillo, guardó silencio.

"El Juez decretó el deslinde, el cual se practicó por aquél mismo, con intervención de peritos, quienes fijaron estas líneas, aprobadas judicialmente:

"a) La divisoria de los predios de **Floresta y Palermo**, que es una línea recta que, partiendo desde un mojón de piedra clavado en el punto de **Cañoneras**, va a expirar a otro mojón de piedra, clavado a orillas de una quebrada que separa los predios **Primavera y Floresta**, mojón que se halla a cinco varas de distancia de dicha quebrada y a treinta y siete metros cuarenta centímetros de una roca por donde baja la misma quebrada."

"b) La línea divisoria entre el predio de **La Floresta** y el de **Cutigatá**, es una recta que, partiendo del extremo oriental del potrero que era de Félix Rosas, hoy del demandado González, en donde existe una piedra grande, de figura circular, que queda próxima a la quebrada de **Los Voladores**, va a expirar a la quebrada de **Cañoseco**, en un punto que queda a diez cabuyadas y media de setenta y seis varas granadinas de la confluencia de esta quebrada con la de **Cutigatá**.

"El apoderado del demandante Esparza aceptó el deslinde en todas sus partes.

"No así los dos demandados, quienes se opusieron a la línea trazada entre los respectivos predios.

"El Juez falló la oposición así:

"Primero. Declárase no probada la oposición al deslinde practicado con fecha veinticuatro de septiembre de mil novecientos veinticinco, que ha sido materia de este fallo, y, en consecuencia, se aprueba dicho deslinde y se ordena dar posesión de su finca a cada dueño, diligencia para la cual se señalará oportunamente la hora y fecha en que haya de verificarse.

"Segundo. Declárase asimismo infundada la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva, opuesta al deslinde de que se trata; y

"Tercero. Condénase en costas a los contradictores demandantes, Gorgonio González y Juan Carrillo, las cuales serán tasadas en forma legal.

"Por apelación de los opositores, el Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de fecha treinta y uno

de mayo de mil novecientos veintisiete confirmó la de primera instancia.

"La misma parte interpuso casación. El recurso es admisible, y se basa en las causales legales 1°, 2°, 3° y 5° de casación.

"Quinta causal.

"La hace consistir el recurrente en el hecho de que el Tribunal declaró en su fallo que la excepción de prescripción adquisitiva de dominio era inadmisble en los juicios de deslinde, cuando, en sentir del recurrente, ha debido examinar de fondo tal excepción y decidirla, principalmente si resulta comprobada en autos.

"Se responde:

"El enunciado del cargo, tal como lo hace el recurrente, tanto en su alegato presentado al Tribunal, como el formulado ante la Corte, está demostrando que le ha dado una inteligencia errada a la causal quinta de casación. En efecto, la ley la define así:

"Haberse abstenido el Tribunal de conocer en asunto de su competencia y declarándolo así en su fallo."

"En el presente caso, lejos de haberse abstenido el Tribunal de conocer y de fallar el juicio de deslinde, estudió en sus diversos aspectos la controversia de oposición, consideró en toda su amplitud las cuestiones de hecho y de derecho suscitadas por las partes, y dictó el fallo correspondiente.

"Ahora, que respecto de la excepción de prescripción la hubiera declarado inadmisble, no significa que el Tribunal se hubiera abstenido de intervenir en la decisión de ella, sino que, por el contrario, dictó fallo sobre esa excepción, que si no es de fondo, no por ello deja de recaer sobre una cuestión de defensa, opuesta por una de las partes.

"Si, en sentir del recurrente, toda clase de excepciones caben en el juicio ordinario, inclusive la de prescripción, y el Tribunal desecha alguna como inadmisble, no es la causal 5° la que debe alegarse, sino la 1°, por quebrantamiento de las disposiciones legales que ordenan lo contrario.

"La causal es infundada.

"Segunda causal.

"En dos conceptos se aduce: por exceso en el fallo y por defecto en la decisión del Tribunal.

"Consiste el primer cargo en que habiendo limitado el actor Esparza su acción de deslinde de la finca **La Floresta**, por la parte occidental con el predio de **Cutigatá**, que compró Gorgonio González, su actual dueño, a Luis Felipe Tarazona, por escritura número ciento noventa y dos, Notaría 1° de Bucaramanga, de fecha diez de febrero de mil novecientos seis, el deslinde se practicó extendiendo la línea divisoria a otro predio—el antiguo potrero de Félix Rosas—que aunque es también de propiedad del demandado Gorgonio González, contiguo por el lado sur al especial de **Cutigatá**, sus linderos con **La Floresta** no los demandó el dueño de esta finca.

"Se considera:

"El deslinde de **La Floresta** se demandó con relación a Gorgonio González, por causa de que el linde occidental de aquella finca que lo constituye, según los títulos de propiedad del actor, la cabecera de un potrero a orillas de una quebrada; de este punto, en línea recta, a

dar a un mojón de piedra clavado a orillas de **Cañoseco**, aunque expresado de una manera general en tales títulos, no está marcada sobre el terreno con cercas ni otras señales la línea divisoria con el predio de **Cutigatá** que González compró a Luis Felipe Tarazona por la escritura ciento noventa y dos.

"Ahora bien: el globo de tierra de Gorgonio González, colindante con **La Floresta**, lo constituyen dos predios, que aunque confundidos hoy en una sola finca, por razón de contigüedad y un dominio común, son diferentes en su origen: el uno es terreno que González compró a Luis Felipe Tarazona, según la escritura número ciento noventa y dos citada; el otro es el terreno que aquél mismo compró a Félix Rosas, por escritura pública número cincuenta y uno, Notaría de Bucaramanga, de fecha diez y seis de febrero de mil novecientos tres. El lindero oriental del primero (occidental de **La Floresta**), es tomando desde el extremo oriental del potrero de Félix Rosas, hasta dar al punto de la quebrada de **Cañoseco**, donde terminan diez cabuyas y media de tierra, de a setenta y seis varas granadinas, medidas desde el punto de la confluencia de esta quebrada con la de **Cutigatá**."

"Esta era la línea parcial que, según el libelo de demanda debía marcarse en el terreno sobre la línea general que sirve de deslinde occidental del predio **La Floresta** con el globo general de **Cutigatá**. Y se afirma que la fijación de la línea divisoria era parcial, porque el actor así lo expresa en su demanda, pues la concreta al terreno que González compró a Tarazona, es decir, a una de las dos porciones que forman el globo de **Cutigatá**, dejando, por consiguiente, fuera de la litis la parte de la línea que divide el predio que fue de Félix Rosas, con **La Floresta**.

"Sin embargo, de esta discriminación que el actor hizo de manera inequívoca en su demanda, los peritos se extendieron a fijar una línea que abarca el predio que llamaremos **Félix Rosas**, la cual fue acogida por el Tribunal.

Aparece, pues, claramente demostrado que el fallo del Tribunal es excesivo, y casable parcialmente la sentencia por segunda causal.

"La acusación del fallo por defecto no es eficaz. Consiste el cargo en que el Tribunal, en sentir del recurrente, dejó de fallar la excepción de prescripción adquisitiva. Entiende éste que aunque el Tribunal la declaró inadmisibile, la sentencia que omitió decidirla de fondo es deficiente, porque una vez alegada oportunamente y respaldada con fundamentos, cualquiera que sea el pleito en que se oponga y la parte que la aduzca, es admisible.

"La sola enunciación de este cargo indica que el recurrente confunde el concepto de primera causal con el de segunda por insuficiencia del fallo. No dejó de decidir el Tribunal acerca de la excepción, puesto que la declaró inadmisibile. Ahora, si ella, en opinión del recurrente, era admisible en derecho, la acusación ha debido ser por primera causal.

"Primera causal.

"Primer cargo. Violación de los artículos 681 del Código Judicial y 1760 del Código Civil, los cuales prescriben que las escrituras públicas hacen plena fe acerca de su contenido. El colindante demandado, Gorgonio González, adujo oportunamente las escrituras números cincuenta y uno, de fecha diez y seis de febrero de mil

novecientos tres, y ciento noventa y dos, de diez de febrero de mil novecientos seis, Notarías de Girón y **Bucaramanga**, respectivamente, con las cuales acreditó en forma no desvirtuada por ninguna otra prueba, ser dueño del predio de **Cutigatá**, antigua propiedad de Félix Rosas.

"En ellas están determinados los linderos, tanto del terreno comprado por González a Félix Rosas, como del adquirido de Luis Felipe Tarazona. Al elegir como punto inicial de la recta el extremo que queda al pie de la quebrada de **Los Voladores**, esto es, el extremo sur del límite oriental del potrero de Félix Rosas, en lugar de haber escogido el extremo norte, se contravenía a los términos expresos de aquellas escrituras, y se causó a González un grave daño en su propiedad del potrero, porque, arrancando del punto inicial indicado, se trazó una línea con rumbo noroeste, que es donde se encuentra la confluencia de **Cutigatá** con **Cañoseco**, línea que vino a partir casi por mitad el potrero que antes era de Félix Rosas. El extremo norte es el que ha debido tomarse como punto inicial, pues de esta manera el lindero del terreno comprado a Tarazona dejaba incólume la otra propiedad de González.

"Se considera:

"Al tratar de la segunda causal se dejó demostrado con las escrituras públicas números cincuenta y uno y ciento noventa y dos, que el actual globo de tierra, a que se da el nombre de **Cutigatá**, de propiedad de González, tiene como componentes dos terrenos que éste hubo de dueños diferentes, con alinderación especial; se demostró también con los propios términos del libelo de demanda de deslinde, que el actor la había entablado con el fin de fijar no todo el límite occidental de **La Floresta**, sino únicamente respecto de uno de los terrenos componentes del expresado globo, esto es, el comprado a Luis Felipe Tarazona por la escritura número ciento noventa y dos; que circunscrita así la litis, el potrero que llamaremos **Félix Rosas** era ajeno a la demanda de deslinde. Así las cosas, era el título de dominio de aquella primera finca, o sea la escritura número ciento noventa y dos, en relación con el título de **La Floresta**, el que ha debido tenerse en cuenta para fijar el punto de arranque de la línea límite demandada. No podía indicar este punto la escritura titular de **La Floresta**, porque como el límite occidental de esta finca es una línea extensa que abarca los dos terrenos componentes de **Cutigatá**, el extremo sur de ella no podía ser el que hubiera de corresponder a la línea parcial del predio Tarazona, la cual línea, que arranca necesariamente del punto final de la línea divisoria del predio **Félix Rosas**, para que el deslinde no incidiera en el abuso de penetrar, como así sucedió, en un terreno excluido por el demandante en su acción.

"Habiendo error manifiesto en el punto de arranque de la línea, según se ve, que termina en la quebrada de **Cañoseco**, por razón matemática, y a virtud también de relación de causa y efecto, eliminado tal punto, esto es, uno de los extremos, la línea desaparece.

"El cargo resulta, por tanto, fundado.

"Segundo cargo. Violación por falta de aplicación en el caso del litigio del artículo 51 de la Ley 105 de 1890, y de los artículos 2512, 2513, 2535, 2536 y 2538 del Código Civil. Se refiere el cargo al fallo de la sentencia (sic) que declara inadmisibile la excepción de prescripción adquisitiva de una porción de terreno perteneciente a la finca **La Floresta**.

"El desarrollo de este motivo hecho por el recurrente, puede resumirse así: dentro del juicio ordinario de deslinde cabe la alegación de la prescripción adquisitiva, bien como excepción, bien como acción, porque este derecho está reconocido en el artículo 461 del Código Judicial, ya que no exceptúa los juicios ordinarios de deslinde.

"Quien alega la prescripción, alega el dominio adquirido en la zona que le disputa el contendor, y alega, por lo mismo, la extinción de la acción de deslinde que pudo tener el antiguo dueño antes de perder por la prescripción su dominio.

"En la escritura número cincuenta y uno, de fecha diez y seis de febrero de mil novecientos tres, ya citada, están determinados los linderos del predio de Cutigatá. La acción para pedir el deslinde ha debido ejercitarla Esparza dentro de los veinte años siguientes al registro de esta escritura, y cuando la demanda de deslinde se entabló y fue notificada, habían transcurrido más de veinte años, tiempo durante el cual Esparza consintió la línea divisoria, y quedó, por lo tanto, extinguida la acción de deslinde.

"Se considera:

"Dos son los aspectos en que, con relación al deslinde, considera el recurrente la prescripción alegada: que perdido el dominio de la zona que el demandante procura recuperar con el alinderamiento, la acción de deslinde, que es inherente a ese derecho, queda extinguida; y que adquirido por el transcurso del tiempo el derecho a un linde determinado, y consentido por el colindante, la acción de deslinde queda extinguida, en virtud del principio establecido en el artículo 2538 del Código Civil, de que toda acción por la cual se reclama un derecho, se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho.

"Cuanto a la primera de estas cuestiones, es doctrina establecida por la Corte en jurisprudencia constante, que 'en el juicio de deslinde, aunque se convierta en ordinario por la oposición, no se ventila el dominio de la zona en litigio. Por tanto, la excepción de prescripción adquisitiva de dominio no es alegable en la oposición; no constituye una pretensión legítima y el no resolverse acerca de ella, no hace incongruente el fallo.' (Casación, 30 de agosto de 1919).

"El recurrente se limita a exponer una doctrina opuesta a esta doctrina, sin aducir razones de fondo que puedan desvirtuarla.

"Y como doctrina complementaria de la anterior, la Corte ha sentado también que 'en juicio de deslinde no puede declararse o reconocerse una prescripción que permita alterar la línea divisoria de los predios.' (Casación ibidem.).

"Sirve también esta última consideración para confutar el concepto del recurrente, de que por virtud del transcurso del tiempo requerido para la prescripción, tiene derecho a que se le reconozca la línea divisoria descrita en la escritura pública número cincuenta y uno, Notaría de Bucaramanga, citada varias veces.

"Este cargo cae por su base, y carece de objeto por virtud de la presente sentencia de la Corte, cuyo fallo relativo a la segunda causal, deja intacto el lindero a que se refiere el recurrente, esto es, el de Cutigatá con La Floresta y el potrero de Félix Rosas.

Tercer cargo. Error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión hecha por Esparza en la deman-

da de deslinde, y violación de los artículos 555 y 569 del Código Judicial y 72 de la Ley 105 de 1890. Consiste este motivo en que Esparza confesó que no estaba señalada en forma alguna material la línea divisoria que separa los predios de La Floresta y Cutigatá, en la porción de aquella primera finca que Gorgonio González compró a Luis Felipe Tarazona.

"No obstante esta confesión, lisa y llana del demandante, que equivalía a sostener que no era punto inicial de la recta la piedra de figura circular que existía al pie de la quebrada de Los Voladores, el juzgador, al aceptar pruebas de Esparza, que tendían a señalar ese punto como inicial de la recta, y al darle pleno valor a la escritura pública número trescientos ochenta y uno, de mil novecientos veinticuatro, incurrió en el error de derecho apuntado.

"Se responde:

"Carece de seriedad este cargo. Quien entabla una acción de deslinde, manifestando como causa de ella que existen dudas respecto de una línea divisoria con otro predio, expresa, por lo mismo, que tiene dudas respecto de cada uno de los puntos que forman la línea, y quien duda, nada confiesa. Afirmó Esparza únicamente en su demanda que la línea arrancaba 'de la cabecera de un potrero a orillas de una quebrada'; pero como el punto era indeterminado, el Juez hubo, necesariamente, de determinarlo.

"Pero, además, este cargo, como el anterior, resulta inútil, porque con el fallo de la Corte, que deja fuera de la litis la línea que arranca del punto arriba indicado y termina en la quebrada de Cola de Pato, la controversia a ese respecto carece de objeto.

"Cuarto cargo. Error de derecho al dar preferencia el Tribunal al dictamen pericial sobre los títulos escriturarios distinguidos con los números trescientos sesenta y uno, de veintiocho de noviembre de mil ochocientos setenta y ocho, Notaría de Girón, y cincuenta y uno y ciento noventa y dos citados, siendo así que el dictamen pericial no puede prevalecer sobre lo literal de las escrituras públicas.

"Se desarrolla el cargo así:

"Conforme al título número trescientos ochenta y uno, el terreno de La Floresta, adquirido por Esparza, se compone de dos lotes, uno a continuación de otro, de los cuales el que queda al Occidente, tiene la cabida de tres y media cabuyas cuadradas. Esta finca linda con el predio que González compró a Luis Felipe Tarazona, la cual tiene como linderos una línea recta que, tomando desde el extremo oriental del mencionado potrero, da al punto de Cañoseco, donde terminan diez y media cabuyas de 76 varas granadinas, medidas desde la confluencia de esta quebrada con la de Cutigatá.

"Para alinderar esos terrenos, arguye el recurrente, ha debido medirse el terreno de La Floresta, para saber hasta dónde alcanzaba ese terreno, y medir también el terreno de González, para determinar en dónde acaban las diez y media cabuyas.

"Se responde:

"La mensura del terreno de Esparza, de que habla el recurrente, no era elemento indispensable para fijar el lindero de La Floresta, en la sección norte, porque el límite norte-sur del terreno de González lo constituye una línea recta que, partiendo del extremo sur de la línea que forma el lindero del potrero de Félix Rosas, va al punto de la quebrada de Cañoseco, en donde se

encuentran las diez y media cabuyas que determinan el fin de ese lindero.

"Los peritos que fijaron este punto terminal, se presume que midieron la distancia, pues de otra manera ellos no habrían podido darlo como cierto, ni el Juez que intervenía en la diligencia habría permitido que se prescindiera de verificar dato tan importante. Ahora bien: tocaba al recurrente demostrar con pruebas que figurasen en el proceso, que existía error evidente respecto de la distancia que, tanto los peritos como el Juez, adoptaron para fijar el extremo final de la línea divisoria en la quebrada de **Cañoseco**.

"Anota la Corte que aunque la sentencia ha resultado casable por segunda causal, a causa de exceso, no es aplicable, sin embargo, en el caso actual, la disposición del artículo 61 de la Ley 100 de 1892, que ordena hacer la reducción por la Corte misma, porque el exceso reconocido por esta Superioridad queda confundido con el error que por primera causal se declara respecto de toda la línea divisoria en que tal exceso fue hallado.

"Y como ha quedado, por virtud del presente fallo, sin determinar el punto de arranque donde ha de nacer la línea que debe tener por extremo el punto en la quebrada de **Cola de Pato**, se impone esta averiguación por medio de un auto para mejor proveer.

"Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide:

"1° Se casa parcialmente la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bucaramanga, el treinta y uno de mayo de mil novecientos veintisiete, por causa de exceso, en cuanto fija el lindero dentro de la propiedad que fue de Félix Rosas, determinándolo así:

"Una línea recta que, partiendo del extremo oriental del potrero que era de Félix Rosas, hoy del demandado González, en donde existe una piedra grande, de forma circular, que queda próxima a la quebrada llamada **Los Voladores**, va a expirar a la quebrada de **Cañoseco**, en un punto que queda a diez cabuyas y media de a setenta y seis varas granadinas de la confluencia de esta quebrada con la de **Cutigatá**."

"2° Se revoca la sentencia de primera instancia, en lo que respecta al fallo que aprobó esta alinderación.

"3° Para mejor proveer, practíquese una diligencia de inspección ocular con intervención de peritos, sobre el terreno respecto del cual fue entablada la acción de deslinde en el presente juicio, intentada por el dueño de la finca **La Floresta**, o sea el terreno que adquirió Gorgonio González de Luis F. Tarazona, por medio de la escritura número ciento noventa y dos, Notaría 1° del Circuito de Bucaramanga, de fecha diez de febrero de mil novecientos seis. Las cuestiones que deben ser con especialidad materia del dictamen de los peritos, son éstas:

"Identificar, correlacionando, las escrituras números cincuenta y uno, Notaría de Bucaramanga, de fecha diez y seis de febrero de mil novecientos tres, y ciento noventa y dos, de fecha diez de febrero de mil novecientos seis, de la misma Notaría, y teniendo en cuenta la presente sentencia, el punto designado en este último instrumento así: 'extremo oriental del potrero de Félix Rosas,' y que es el extremo norte de dicho potrero sobre el lindero oriental con **La Floresta** y en el punto de la quebrada de **Cola de Pato**, que sirve de partida para trazar la línea que corre hasta terminar en la quebrada

de **Cañoseco**, en el punto donde termina la medida de diez cabuyas y media de tierra, de a setenta y seis varas granadinas cada una. Este último punto está establecido de modo firme en la sentencia.

"Los peritos señalarán con un mojón, de carácter permanente, el punto que se manda identificar.

"Comisiónase al Tribunal Superior de Bucaramanga para que practique la diligencia anterior y para que nombre los peritos. Se le autoriza para delegar esta comisión.

"Los gastos que ocasione esta diligencia serán de cargo de ambas partes, en proporción igual.

"Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen."

En conformidad con la sentencia preinserta, se practicó la inspección ocular decretada por la Corte en auto para mejor proveer. La diligencia dice así:

"En el Distrito Municipal de Bucaramanga, a seis de julio de mil novecientos treinta y uno, siendo las diez de la mañana, día y hora señalados por auto de quince de junio último, para dar principio a la diligencia de inspección ocular decretada por la honorable Corte Suprema de Justicia, en el juicio ordinario de oposición al deslinde, seguido por Gorgonio González contra Ignacio Esparza, el señor Juez 2° del Circuito, comisionado al efecto por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, y asociado de los señores Gorgonio González, actor en el recurso; doctor Francisco Puyana Menéndez, patrono del apoderado de la contraparte; Antonio Domínguez S., Raimundo Mantilla A. y Guillermo Delgado G., los dos primeros peritos principales, designados por las partes en su orden, y el último por el Tribunal, como tercero para el caso de discordia, posesionados debidamente de su cargo, y del Secretario que suscribe, se trasladó al paraje o punto de **Cutigatá**, en jurisdicción del Municipio de Lebrija, y una vez allí se procedió al acto en la forma siguiente:

"Para ilustrar el dictamen pericial, y por orden del señor Juez, el suscrito Secretario dio lectura al auto para mejor proveer, proferido por la honorable Corte el diez y siete de noviembre de mil novecientos treinta, a las escrituras números cincuenta y uno, de diez y seis de febrero de mil novecientos tres, y ciento noventa y dos, de diez de febrero de mil novecientos seis, de la Notaría 1° del Circuito de Bucaramanga, y puso a disposición de los peritos dichas piezas, que obran en el proceso. También se dispuso, a pedimento de los peritos, oír a las partes y a sus testigos, a efecto de esclarecer cuestiones de hecho relativas a la identidad, forma y estado de los dos lotes a que se refieren las citadas escrituras públicas, y que integran el predio de **Cutigatá** del litigante González, en la parte o costado oriental limitrofe del predio de **Floresta**, del litigante Esparza. Una vez estudiadas estas cuestiones, después de escrupulosas investigaciones, y como los peritos principales señores Domínguez S. y Mantilla A. no estuvieron en un principio de acuerdo acerca del punto preciso del 'extremo oriental del potrero de Félix Rosas,' intervino el perito tercero señor Delgado G., y después de algunas deliberaciones, los peritos principales determinaron localizar dicho extremo en un punto de la margen derecha de la quebrada de **Cola de Pato**, en donde se fijó, clavándolo, un mojón de piedra de forma cuadrilateral, que se había labrado especialmente para el efecto, y tiene estas características en alto relieve: en una de sus caras, una cruz; en otra, las

letras mayúsculas H. C. S. D. J. (Honorable Corte Suprema de Justicia), y en otra, esta inscripción: '6 de julio de 1931.' Quedando así identificado y debidamente señalado con un mojón, de carácter permanente, que se fijó en el lugar acordado por todos los peritos (pues intervino el tercero), el punto designado en la escritura número ciento noventa y dos, de fecha diez de febrero de mil novecientos seis, de la Notaría de Bucaramanga, así:

'Extremo oriental del potrero de Félix Rosas, y que es el extremo norte de dicho potrero, sobre el lindero oriental con La Floresta, y en el punto de la quebrada de Cola de Pato.'

"A exigencia de los peritos, y por ser avanzada la hora, el señor Juez dispuso que éstos rindieran por separado sus exposiciones, para agregarlas a la presente diligencia, la que el señor Juez aprobó, declarando terminado el acto, en el cual se invirtieron dos días de trabajo continuo.

"Se firma en constancia la presente acta, y se advierte que los gastos necesarios para la práctica de la inspección fueron hechos por ambas partes.

"(Fdos.). Higinio Alvarez—Antonio Domínguez S. Raimundo Mantilla A.—Guillermo Delgado—Francisco Puyana M.—Firmo esta diligencia haciendo constar que los peritos no colocaron el mojón, o sea la piedra cuadrilateral, en la cabecera del potrero de Félix Rosas, o sea en el límite oriental del potrero de Félix Rosas con el terreno de Floresta, que es donde ha debido colocarse, sino varios y bastantes metros más abajo, lo cual considero arbitrario, pues la honorable Corte lo que ordenó fue únicamente determinar el punto de partida del lindero oriental del potrero de Félix Rosas con el predio de Floresta, desde donde debía trazarse la recta en dirección a Cañoseco, Gorgonio González—Alfredo Mejía Rosas, Secretario."

La exposición de los peritos, acorde con la inspección ocular, se puso en conocimiento de las partes, sin que ninguna de ellas la objetara.

En virtud de 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, falla:

1° La divisoria de los predios de Floresta y Palermo es "una línea recta que, partiendo desde un mojón de piedra clavada en el punto de Cañoneras, va a expirar a otro mojón de piedra clavado a orillas de una quebrada que separa los predios Primavera y Floresta, mojón que se halla a cinco varas de distancia de dicha quebrada y a treinta y siete metros cuarenta centímetros de una roca por donde baja la misma quebrada."

2° La línea divisoria entre el predio La Floresta y el comprado por Gorgonio González a Luis Felipe Tarazona es una recta que, partiendo del extremo oriental del potrero de Félix Rosas, hoy de González, en un punto de la margen derecha de la quebrada de Cola de Pato, en donde se clavó un mojón en la inspección ocular, va a expirar a la quebrada de Cañoseco, en un punto que queda a diez cabuyas y media de setenta y seis varas granadinas de la confluencia de esta quebrada con la de Cutigatá. El mojón en referencia, según la inspección, "es de forma cuadrilateral, que se había labrado especialmente para el efecto, y tiene estas características en alto relieve: en una de sus caras, una cruz; en otra, las letras mayúsculas H. C. S. D. J. (Honorable Corte Suprema de Justicia), y en otra esta inscripción: 6 de julio de 1931."

3° Declárase infundada la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva, opuesta al deslinde.

4° Sin costas en las instancias y en el recurso de casación.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero veintiséis de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Jesús Antonio Arango y Julio Vélez entablaron ante el Juez 4° Civil del Circuito de Medellín, juicio ordinario contra María Rosa y Matilde Vélez Arango, que contiene estas acciones:

1° Que es nulo absolutamente por simulación el contrato de compraventa consignado en la escritura número 2741, Notaría 2° de Medellín, de fecha 23 de agosto de 1926.

2° Que la finca vendida por la señora Rosalía Arango a las demandadas por esta escritura, pertenece a la sucesión ilíquida de la finada señora Rosalía Arango, sucesión representada por Juan Francisco, Antonio María, María Rosa, Emilia, Matilde, María Inés Vélez y Julio Vélez Mejía, en representación de su finado padre Marco A. Vélez. Tal finca consiste en un lote de terreno con casa de habitación de tapia y teja, situada en el Municipio de Itagüí, cuyos linderos son: "por el frente, con la carretera que, partiendo del puente de Doña María, conduce a Envigado; por un costado, con una calle de servidumbre; por otro costado, con el río Medellín, y por el centro o parte de atrás, con predio de Rubén Uribe."

3° Que las demandadas están en la obligación de restituir a la sucesión ilíquida mencionada aquella finca.

4° Que las demandadas están en la obligación de restituir a la parte demandante los frutos percibidos y que se perciban desde el 6 de septiembre de 1926, fecha de la muerte de Rosalía Arango.

5° Que si las demandadas fueren declaradas en sentencia poseedoras de buena fe, deben devolver los frutos de la prenombrada finca desde la notificación de esta demanda.

6° Costas.

Son hechos fundamentales de la demanda:

1° Los señores Juan Francisco Vélez y Rosalía Arango fueron casados legítimamente entre sí, de cuyo matrimonio hubo los siguientes hijos: Marco Antonio, que murió, fue casado con la señora Ana Joaquina Mejía y dejó como su único hijo y heredero a mi poderdante señor Julio Vélez Mejía; Antonio María, Juan Francisco, María Emilia, Matilde, María Rosa, María Inés y Mariana.

2° La señora Rosalía Arango viuda de Vélez (su esposo murió) adquirió por herencia de su padre señor Manuel Arango, una finca con casa de tapias y tejas y demás anexidades, situada en el Distrito de Itagüí, y alindada así: "por el frente, con la carretera que, partiendo del puente de Doña María, conduce a Envigado; por un costado, con una calle de servidumbre; por otro costado, con el río Medellín; y por el centro o parte de atrás, con predio de Rubén Uribe."

3° El día 6 de septiembre del corriente año murió la señora Rosalía Arango viuda de Vélez, sin otorgar testamento y dejando como sus únicos herederos a los mencionados en el numeral 1° de esta demanda, muerte acaecida en Itagüí.

4° Posteriormente, el día 9 de noviembre último, murió también la señorita Mariana Vélez Arango, sin dejar más herederos que a sus hermanos ya mencionados, hecho ocurrido en Itagüí.

5° Pocos días antes de morir doña Rosalía tuvo la intención de otorgar su testamento; pero en lugar de hacerlo y por sugestión de sus hijas María Rosa y Matilde, otorgó la escritura número 2741, de fecha 23 de agosto de este año, pasada ante el Notario 2° de este Circuito, por medio de la cual declara vender a las citadas señoritas María Rosa y Matilde Vélez Arango, la finca descrita en el numeral 2° de esta demanda.

6° El citado día 23 de agosto de este año, día en que la señora Rosalía Arango viuda de Vélez otorgó la escritura a que se refiere el numeral 5° de esta demanda, estaba dicha señora privada del uso de su razón y ya en estado agónico, y tanto es así, que ella no pudo firmar tal instrumento, sabiendo escribir.

7° Consta en la referida escritura que las señoritas María Rosa y Matilde Vélez Arango pagaron al contado a la supuesta vendedora doña Rosalía la cantidad de tres mil pesos oro, como valor de la finca; pero tal suma ni ninguna entregaron ellas en realidad.

8° Se hizo figurar en la tantas veces mencionada escritura, como valor de la finca, la cantidad de tres mil pesos, siendo así que esa finca vale más, bastante más de seis mil pesos, como lo demostraré oportunamente.

9° La intención de doña Rosalía fue la de dejar como únicas herederas a las precitadas señoritas María Rosa y Matilde Vélez Arango, para que les quedara la finca a ellas solas, desconociendo así a sus demás hijos.

10. La prenombrada escritura número 2741 es simulada a todas luces, y por consiguiente nulo ese contrato, de nulidad absoluta, por falta de pago y por haberse otorgado por persona incapaz, consistente esa incapacidad en estar tal persona privada de sus facultades intelectuales, sin el uso de la razón.

11. Como la señorita Mariana Vélez Arango murió soltera, después de su madre doña Rosalía, y sin dejar más herederos que a sus hermanos, la parte que a ella correspondía por herencia de su madre, viene a aumentar la herencia de aquéllos, por lo cual los representantes o herederos de aquélla (doña Rosalía) son: mi poderdante Julio Vélez Mejía, heredero por representación de su finado padre don Marco A. Vélez Arango; Juan Francisco, Antonio María, María Inés, María Emilia, Matilde, María Rosa Vélez Arango.

12. La finca a que se refiere el numeral 2° de esta demanda, o sea la misma a que se refiere la escritura número 2741 citada, la poseen a título de dueñas las precitadas señoritas Matilde y María Rosa, y por consiguiente desconocen el hecho de pertenecer esa finca a la sucesión de doña Rosalía, a pesar de no haber dado ni un céntimo por ella.

13. Desde el día en que murió doña Rosalía las señoritas dichas, María Rosa y Matilde, están usufructuando de la finca, y entre los productos percibidos por ellas está el valor de un cañamelar que mandaron moler a la máquina del señor Manuel Londoño. El dirá qué valor les entregó.

14. Mis poderdantes quisieron ponerse de acuerdo con los otros herederos para reclamar su derecho; pero éstos que tienen la promesa de las supuestas dueñas de la finca, de participarles, se negaron rotundamente, y más bien, por lo que se ve, las apoyarán a ellas.

15. Antes de morir doña Rosalía consultó con personas, que declararán en el término de pruebas, sobre el modo como podía hacer un testamento a favor únicamente de sus dos hijas María Rosa y Matilde, o sea las mismas que figuran como dueñas de la finca.

Las demandadas, aceptando algunos de estos hechos y negando otros, se opusieron a las acciones.

El Juez dictó sentencia de absolución a las demandadas.

Por apelación de la parte actora, el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de fecha 22 de noviembre de 1928, revocó la de primera instancia y falló así:

"a) Es nulo, por simulación, el contrato de compraventa consignado en la escritura número 2741, de 23 de agosto de 1926, signada por ante el Notario 2° de esta ciudad.

"b) El inmueble a que se refiere tal escritura, comprendido por los linderos allí especificados, pertenece a la sucesión ilíquida de la señora Rosalía Arango de Vélez, representada por las siguientes personas: Juan Francisco, Antonio María, María Rosa, María Emilia, Matilde, María Inés Vélez y Julio Vélez Mejía.

"c) Las demandadas María Rosa y Matilde Vélez están en la obligación de restituir dicho inmueble a la mentada sucesión dentro del término de veinte días, con los frutos percibidos o que la sucesión hubiera podido percibir, con mediana inteligencia, desde el seis de septiembre de mil novecientos veintiséis, fecha en que murió la señora Rosalía Arango de V."

Las demandadas interpusieron casación. El recurso es admisible y se aduce la primera causal.

La acusación del recurrente se descompone en dos teorías: una radical y absoluta que consiste en sostener que un contrato solemne, por ser tal, excluye la simulación, de suerte que observadas en su celebración las formalidades especiales que constituyen la solemnidad, desaparece la posibilidad de que pueda carecer de las cosas que son de su esencia, o adolecer de los vicios del consentimiento, o versar sobre objeto ilícito. La segunda teoría, aceptable ciertamente, sostiene que bajo la apariencia de un contrato especial, cuyos elementos aparecen establecidos, puede ocultarse otro, que siendo lícito, tiene el valor legal en la esencia y los efectos que la ley le atribuye.

El alegato del recurrente, relativo a la primera teoría, toma la extensión y variedad de una tesis académica que no sería posible, en los estrechos límites de una sentencia, estudiar punto por punto, ni verificar la exactitud en su aplicación de las varias autoridades que eruditamente invoca. Ya la Corte en otras ocasiones ha tratado con especialidad la materia, pero no han logrado sus fallos ganar en el entendimiento del distinguido recurrente, no diremos autoridad, pero ni siquiera acatamiento. Pone por exordio: "Hora est jam de somno sugere," es llegada la hora de despertar del sueño de que habla el evangelio, de estudiar a fondo el asunto y de no tener como axioma en el cual descansa tranquila la mente ese magno error en que se ha incurrido en Colombia de que la simulación tenga cabida en los actos solemnes, y de que la nulidad absoluta se pueda alegar por los he-

rederos de las partes y su declaración no produzca efectos contra terceros. ¡Qué serie de absurdos!"

Varias páginas del alegato, nutridas con citas de expositores franceses, emplea el recurrente para descubrir este postulado: la mayor parte de los contratos son consensuales; otros, algunos pocos, son solemnes; descubrimiento que aparte de recaer sobre una clasificación que se pierde en la oscuridad de los tiempos, se halla reproducida en el artículo 1500 del Código Civil y en los programas de las facultades de Derecho.

Y hecho el hallazgo, sienta la siguiente proposición que es el tema de su demanda:

"En los contratos de esta naturaleza (los solemnes), desde el momento en que se llenan todos los requisitos exigidos por la ley, los derechos y obligaciones de las partes se crean ipso jure por propio ministerio de la ley, **con fuerza indestructible**" (subraya la Corte).

"En consecuencia, con la doctrina que dejo expuesta someramente, a nadie se le ha ocurrido sostener que en el matrimonio, verbigracia, si un hombre y una mujer declaran en la forma prescrita por el Derecho Canónico, si se trata del sacramento eclesiástico, o en el Código, si del matrimonio civil, se le pueda admitir a ambos contrayentes, o a uno solo de ellos, alegar la simulación del acto matrimonial."

Y hace extensiva la argumentación **ab absurdum** al reconocimiento de un hijo natural, a la adopción, a las capitulaciones matrimoniales, a la donación de un inmueble, a la constitución de una hipoteca.

Se considera:

Unas breves observaciones servirán para confutar esta tesis absoluta que carece de solidez.

No solamente en los contratos solemnes, sino también en los consensuales, una vez cumplidos los requisitos legales que le son comunes o peculiares, los derechos y obligaciones se crean **ipso jure**; así lo dispone el artículo 1495 y lo sanciona el artículo 1602 del Código Civil. Pero no es cierto que los vínculos de derecho que crean los contratos solemnes, por el hecho de la solemnidad, tengan **fuerza indestructible**. Todo contrato, sea o nó solemne, está sujeto en su existencia misma y sus efectos, a la invalidación, sea por consentimiento mutuo, sea por causales legales, entre las cuales se halla la nulidad. La premisa del recurrente es obviamente falsa.

Y acontece con frecuencia que el requisito especial que la ley erige como solemnidad, sea simulado y por ello nulo el contrato. La escritura pública consiente el ataque por simulación, aquí, en Francia y en dondequiera que exista la institución del Notariado; y si un instrumento público sucumbe por esta causa, desaparece uno de los elementos esenciales de la compraventa de bienes raíces y se invalida, por lo mismo, a causa de nulidad absoluta, el acto de enajenación.

Si "consentir en la solemnidad es lo mismo que consentir en el contrato," según el recurrente, y son consustanciales, la consecuencia sería que jamás podrían demandarse por simulación las escrituras públicas exigidas **ad solemnitatem**, cosa perfectamente insostenible a la luz de los principios que rigen sobre autenticidad de instrumentos públicos.

Si la concisión relativa que han de tener los fallos judiciales no lo impidiera, sería oportuno demostrar que los ejemplos de ciertos actos solemnes como el matrimonio católico, que trae el recurrente, como de simulación

imposible, es argumentación inaceptable. El consentimiento interno de los contrayentes es elemento esencial del matrimonio "y se presume siempre **conforme a las palabras o signos empleados en la celebración del matrimonio** (canon 1086) y que se dejan consignados en el acta matrimonial."

Pero "si alguna de las partes o las dos, con acto positivo de la voluntad, excluye el matrimonio mismo, o todo derecho al acto conyugal, o a alguna propiedad esencial, el matrimonio será inválido." (Canon 1086, parágrafo 2°).

Quiere decir esto que si en el acto que constituye la solemnidad esencial del matrimonio católico, el contrayente manifiesta consentimiento como lo expresan las palabras o signos empleados en la celebración del matrimonio, tal manifestación se **presume** cierta, mientras no resulte fingida o simulada a virtud de un acto positivo de la voluntad de los contrayentes que hayan manifestado lo contrario.

Según el recurrente, las palabras de asentimiento proferidas por los novios en el acto de la celebración, y que constituyen la solemnidad esencial del matrimonio, crearon un vínculo de derechos y obligaciones, "**con fuerza indestructible**."

Según preceptos positivos del Derecho Canónico, incorporados en nuestro Derecho Civil, el consentimiento manifestado se **presume** como verdadero, pero admite la simulación comprobada con ciertas pruebas. Hé ahí, pues, uno de los casos que si se presentasen ante la jurisdicción competente habría de recibir el fallo de invalidez del matrimonio, a pesar de la solemnidad cumplida sin caer en el anatema del recurrente.

Acusa el recurrente la sentencia por error evidente de hecho en la apreciación de la prueba consistente en la confesión judicial de las demandadas, contenida en las posiciones que absolviéron antes y después de incoada la demanda.

Se dirige el cargo a la declaración que hace la sentencia de que el contrato, materia del presente juicio, carece de causa real respecto del vendedor, porque para transferir el dominio de la finca a las compradoras, no tuvo como consideración principal y única el recibo del precio en la forma estipulada, y resulta que la causa que se pretende verdadera fue la de dación en pago, disfrazada de venta. Faltó, pues, al contrato uno de los elementos esenciales que exige específicamente el de venta, conforme a los artículos 1849 y 1857 del Código Civil.

Las pruebas que acoge el Tribunal como base de esta declaración son las siguientes:

1° Las posiciones absueltas por las demandadas antes del juicio.

2° Las declaraciones recibidas en el término de prueba, con el fin de establecer que el dominio del terreno se transfirió a las mismas, no a título de venta, sino a título de dación en pago.

Respecto a la prueba de posiciones, de las dos creadas antes del juicio, el Tribunal se concreta a las rendidas el 11 de octubre de 1926, y solamente al punto d) del interrogatorio.

Dice este punto:

"¿Cómo es cierto, sí o nó, que aun cuando en la inentada escritura figura que ustedes pagaron la cantidad de tres mil pesos a la vendedora, como precio de la finca, lo cierto es que ustedes no dieron dinero alguno, pues entonces hubiera quedado en la sucesión, y además, ustedes nunca han tenido esa cantidad?"

Respuesta de los absolventes:

"Es cierto, pero advirtiéndolo que mi madre nos dijo que nos iba a hacer escritura de la finca en pago de nueve años que estuvimos viviendo con ella, alimentándola y costeando médico y medicamentos, pues ninguno otro estuvo al cuidado de ella."

El recurrente desarrolla su cargo así: Si las absolventes confiesan que no entregaron peso sobre peso los tres mil pesos en que se estimó el predio, ellas sí afirman que ese precio lo pagaron alimentando a su madre por largos años, costeándole médicos y medicinas y atendiendo a sus compromisos, fuera de la prestación de servicios personales que si a todo hijo obligan, sólo ellas, de los numerosos descendientes que tuvo la señora Arango de Vélez, negligentes o remisos, la tuvieron a su cargo hasta cerrarle los ojos y entregar sus despojos a la tierra.

Se considera:

Las respuestas particulares de las absolventes, que el Tribunal toma como otras tantas confesiones que constituyen un indicio que sirve para establecer la simulación de la venta, ni pueden tomarse aisladamente, esto es, sin correlacionarlas con los otros puntos y respuestas del interrogatorio de posiciones, ni en sí mismas conducen a concluir que la compraventa fue simulada. Esas respuestas, como se ve, se refieren al pago del precio estipulado y la forma en que se hizo, es decir, al cumplimiento de la principal obligación que tiene el comprador, una vez perfeccionado el contrato, lo cual presupone que éste existe válidamente. No puede sostenerse en derecho que si alguna de las partes deja de poner en ejecución el contrato, como si el vendedor deja de entregar o hacer la tradición de la cosa vendida, o el comprador de pagar el precio adecuadamente, ha de inducirse de estos casos de mora que el contrato es simulado.

La simulación, o sea la representación fingida de las estipulaciones esenciales de una convención, ha de buscarse y ser comprobada en el consentimiento mismo de los contratantes. La simulación es disfraz de la voluntad, mas no negligencia o dilación de los deberes que emanan del contrato.

Los hechos sobre que versan las confesiones en los cuales se basa la sentencia, carecen del requisito que todo indicio debe tener para que pueda aceptarse como prueba circunstancial, a saber: que el hecho sobre que reposa la inducción debe estar no sólo previa y claramente comprobado, sino que guarde una relación más o menos directa, pero siempre lógica, con el hecho que se pretende probar. En el presente caso el hecho del no pago del precio, lejos de estar comprobado por las dos posiciones especiales que invoca el Tribunal, está contradicho en la misma respuesta d). Confesaron las absolventes que no habían verificado el pago en oro como lo rezaba la escritura; pero que éste se había verificado en otra forma, aceptando como tal la vendedora, la remuneración que les debía por los gastos y servicios de diverso género que le habían sufragado y prestado durante nueve años.

Las declaraciones de testigos que en refuerzo de la pretendida confesión aduce la sentencia, participan de los mismos defectos como indicios de la simulación que se dejan apuntados.

Afirma el recurrente que el Tribunal quebrantó las siguientes disposiciones:

"a) El artículo 1524. del Código Civil, violado por haberse aplicado al caso del pleito, siendo el caso de ha-

cerlo para declarar válido el contrato por haberse acreditado que éste tuvo la causa de la dación en pago que no se expresó, pero que fue real y lícita.

"b) Los artículos 1849 y 1857 del mismo Código, quebrantados por haberlos aplicado al caso del pleito, no siendo el caso de hacerlo, en el punto de vista en que estoy colocado ahora de que sea admisible la prueba de la simulación en los contratos solemnes, por haberse probado, como se probó, que bajo el nombre de contrato de compraventa se hizo uno de dación en pago lícito y verdadero."

Se considera:

En el contrato en que estriba esta litis hubo consentimiento, capacidad, objeto lícito y causa lícita. Por tratarse de la enajenación de un bien raíz, otorgóse y registróse la escritura respectiva, de acuerdo con las prescripciones legales. En la convención se cumplieron los requisitos internos y externos que ha menester el contrato para su existencia legal.

Está plenamente comprobado con la confesión de las demandadas y con el testimonio de un gran número de testigos, que la enajenación tuvo una causa real. La vendedora pagó a las compradoras lo que les debía por alimentos, médicos, medicinas, consecución de dinero y servicios de todo género. En la apreciación de estas pruebas incurrió el Tribunal en un error evidente de hecho.

En el contrato que se analiza hubo dación en pago, **datio in solutum**, contrato aceptado en todo tiempo y lugar. La dación en pago es una especie de novación por cambio de obligación. Acreedor y deudor convienen mutuamente en cambiar el objeto de la obligación por otro de distinto género.

Según el artículo 1689 del Código Civil, "para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación, sean válidos, a lo menos naturalmente." De suerte que ora se considere civil la obligación de la vendedora, ora natural, la dación en pago es perfectamente válida.

En resolución, la sentencia del Tribunal debe infirmarse por quebrantamiento de los artículos 1524, 1849 y 1857 del Código Civil.

En mérito de 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, decide:

1º Casar la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín, el veintidós de noviembre de mil novecientos veintiocho.

2º Confirmar la sentencia de primera instancia, dictada por el Juez 4º Civil del Circuito de Medellín, con fecha trece de julio de mil novecientos veintiocho; y

3º Sin costas en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

Concuerdo con mis colegas de Sala en la casación de la sentencia, pero discrepo en la parte motiva, por estas razones:

Habiendo un motivo comprobado de casación, cual es el error en que incurrió el sentenciador al apreciar las confesiones de los demandados, respecto del pago del precio de la casa, no era preciso entrar a considerar la tesis del recurrente de que los contratos solemnes no comportan la nulidad por simulación, tesis ésta recibida en nuestra jurisprudencia de manera uniforme desde luengos años, pues, unificar la legislación es la primordial finalidad de la casación, sin que esto quiera decir que se debe persistir en una doctrina manifiestamente errónea para conservar la unidad y uniformidad. Nó, esas doctrinas deben enmendarse y corregirse, pero para ello es menester que sea manifiestamente injurídica, cosa que no sucede al presente, a pesar de los reparos del abogado recurrente, de suerte que no prohiyo esa parte motiva del fallo.

Respecto de la calificación del contrato, advierto que la acusación por error en la apreciación de la prueba de confesión, tiende a demostrar que hubo pago del precio, dando por sentado que hubo un contrato de compraventa, porque decir, como se dice en el fallo, que hubo pago del precio y que ello está demostrado, es admitir que se trata de un contrato de compraventa, de suerte que casado el fallo porque sí se demostró que las compradoras pagaron el precio, no se puede, en mi sentir, sin caer en contradicción, sostener que hubo dación en pago, porque en este evento no le correspondía a los demandados compradores demostrar que pagaron el precio.

El error en que incurrió el sentenciador al apreciar la prueba de posiciones respecto del pago del precio, sirve para casar la sentencia, cuando hay contrato de compraventa, pero ese error no sería motivo de casación si se tratara de una dación en pago, puesto que en este contrato, si fuera el de la litis, las demandadas no tenían que demostrar que pagaron el precio, pues ellas en lugar de deber esa prestación, eran acreedoras de quien les dio la cosa en pago a cambio de esos servicios personales.

Bogotá, febrero 26 de 1932.

José Miguel Arango

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintiséis de febrero de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito de San José de Cúcuta, el doctor Benito Hernández B., como apoderado del doctor Sebastián Porras, demandó el deslinde y amojonamiento en lo que hace a la parte norte de un lote de terreno de propiedad de su poderdante, cercado de paredes y alambre, situado en el Municipio del Rosario, y demarcado así:

“Por el Sur, con terrenos de la sucesión de Víctor Contreras; por el Norte, con terrenos de la sucesión de Secundino Alarcón, hoy de Agustín Granados, y en parte con terrenos de los ejidos del Municipio del Rosario; por el Oriente, la loma denominada **Díaz del Cerro**, y por el Occidente, la cima del cerro denominado **Las Escaleras**.”

Indicó como colindantes, y por lo tanto demandados, al Municipio del Rosario y al señor Agustín Granados, dueño hoy de lo que correspondía a la sucesión de Secundino Alarcón, en lo que hace a la parte norte del predio de cuyo deslinde se trata.

Notificada la demanda, y después de algunos incidentes, el deslinde se llevó a efecto, y el Juez del conocimiento señaló como raya divisoria de la parte norte del predio del demandante Porras, tanto en el límite con los terrenos del demandado Granados, como en el límite de los ejidos del Rosario, las mismas líneas, fijadas por los peritos, o sean, una cerca de alambre en lo relativo a Granados, y el callejón de **Las Morcillas**, en lo que atañe al Municipio del Rosario.

El apoderado de este último se opuso, tanto a la línea señalada como a la demanda de deslinde, y propuso lo siguiente:

“Que se declare en primer término, y antes de la declaración que he hecho en el numeral anterior, que el señor Sebastián Porras no tiene ni ha tenido derecho para demandar el deslinde, pues su predio no limita con el terreno ejido del Municipio del Rosario.

“Subsidiariamente a las declaraciones anteriores solicito de su Juzgado declare que el Municipio del Rosario ha adquirido por prescripción el lote de terreno comprendido entre el callejón de **Las Morcillas** y el límite del terreno con Severiano Contreras o sus herederos, porque ha poseído quieta, pacífica y tranquilamente tal terreno por un espacio mayor de cincuenta años, ejerciendo allí actos a que sólo da derecho el dominio como las adjudicaciones de terrenos a los habitantes pobres de la ciudad.”

Se fundó en los artículos 272 de la Ley 105 de 1890, 1314 del Código Judicial, en las disposiciones del Código Civil sobre deslinde y prescripción adquisitiva, y en los hechos siguientes:

“1° Que el señor doctor Sebastián Porras intentó un juicio de deslinde el 23 de enero de 1923, demandando al Municipio del Rosario.

“2° Que se ha señalado por su Juzgado una línea que lesiona parte del terreno considerado como ejido del Municipio.

“3° Que el Municipio ha poseído ininterrumpidamente el lote comprendido entre la quebrada o callejón de **Las Morcillas** y el límite con los herederos de Severiano Contreras, por más de cincuenta años.

“4° Que el lote de terreno comprendido entre el callejón o quebrada de **Las Morcillas** y el límite con Severiano Contreras o sus herederos, lo adquirió el Municipio por medio de la escritura número (sin), de 1793, por donación que le hicieron el señor Mateo Díaz y sus hermanos.

“5° Que con respecto a ese mismo lote, el Municipio ha recibido otras donaciones de terreno, cuyas escrituras no es posible por ahora citar, pero que se encuentran en las oficinas de Mérida (Venezuela), Pamplona y Cúcuta.

“6° Que la línea señalada no está de acuerdo con la verdad de los títulos ni corresponde a las declaraciones de los antiguos poseedores o conocedores del terreno.”

Contestada adversamente la demanda, el Juez falló así la controversia:

“Se niega a hacer las declaraciones pedidas en la demanda de oposición, y confirma en todas sus partes la demarcación o deslinde practicados en diligencia del 19 de octubre de 1925. Procédase a dar a cada parte posesión de su predio o terrenos por la línea divisoria allí fijada. Una vez en firme esta sentencia, se señalará día y hora para la diligencia de entrega.”

El Tribunal Superior de Pamplona confirmó la sentencia anterior sin lugar a condenación en costas.

Contra la sentencia del Tribunal el apoderado del Municipio interpuso recurso de casación, que la Corte admite por hallarlo ajustado a las prescripciones legales, y procede a resolver, previo el estudio de la demanda respectiva.

Alega el apoderado del Municipio que fundó ante el Tribunal el recurso, las causales de casación primera y segunda.

Respecto de esta última, sostiene que el Tribunal dejó de fallar la petición referente a que el doctor Sebastián Porras no tiene ni ha tenido derecho para demandar el deslinde, pues que su predio no limita con el terreno de los ejidos del Municipio del Rosario.

Era deber del Tribunal, dice el autor del recurso, dar cumplimiento a los artículos 835 y 943 del Código Judicial, y decidir previamente en la parte resolutive si las heredades eran o no colindantes, y sólo en el caso afirmativo, entrar a reconocer la línea divisoria entre los dos predios. La petición principal, concluye el recurrente, era aquella referente a que Porras, por no ser colindante su predio con los ejidos, no tenía derecho para demandar el deslinde, y si el Tribunal omitió resolver este punto, indebidamente dejó de fallar sobre una cuestión sometida al debate, y resulta así incongruente su sentencia con la demanda, que al respecto es muy precisa.

Considera la Corte que el sentenciador, tanto en la parte motiva como en la resolutive de su sentencia, consideró y falló el punto de la demanda a que el recurrente se refiere.

La parte resolutive fue confirmatoria de la sentencia de primera instancia que negó todas las declaraciones pedidas en la demanda, y en los considerandos de la sentencia se lee lo siguiente, que versa sobre el punto materia de la acusación:

"En el libelo de oposición se pidió, en primer término, la declaratoria de que Sebastián Porras no tiene derecho a demandar el deslinde porque su predio no limita con terreno ejido del Municipio del Rosario.

Se observa que esta cuestión planteada como medio de defensa sustancial, aparte de no tener prueba alguna que la respalde, resulta desechable también por contradictoria. En el juicio especial, al practicarse la diligencia de deslinde suscrita por el apoderado del opositor, aparece lo contrario; y este mandatario en el referido libelo—solicitud subsidiaria—reconoce que los interesados sí son colindantes. Por otra parte, el actor Porras comprobó—sin oposición—tener las condiciones requeridas para pedir el deslinde, conforme a los artículos 900 del Código Civil y 1304 del Código Judicial."

Causal primera.

En relación con las pruebas que sirvieron al Tribunal para aprobar el deslinde, acusa el señor Procurador General de la Nación la sentencia por error de derecho en la apreciación de la escritura 182 de 1910, por la cual Daniel Porras, antecesor del doctor Sebastián Porras, obtuvo el predio cuyo deslinde se pide, y de la escritura de 1857 en que se deslindeó la hacienda de La Cabrera.

Dice el señor Procurador:

"La única prueba que tuvo en cuenta el honorable Tribunal para decidirse en favor de la línea divisoria,

la quebrada llamada **Cachicama**, hoy callejón de **Las Morcillas**, fue el instrumento público de fecha doce de febrero de mil ochocientos cincuenta y siete, en el que se delimita la hacienda de **La Cabrera**, por la quebrada llamada **Cachicama**, relacionado con la escritura 182, de abril de 1910, en el cual se declara que el fundo de la otorgante (el cual es el mismo del doctor Porras), formaba parte de la hacienda **La Cabrera**. Dice el Tribunal:

"Es bien sabido que en los juicios de deslinde la prueba que debe preferirse para fijar la línea, es precisamente los títulos escriturarios de los interesados. Entre los allegados en el caso de autos, figura el instrumento público de fecha doce de febrero de mil ochocientos cincuenta y siete, en que se delimita la hacienda **La Cabrera**, de la cual hizo parte el fundo del doctor Porras, por el Norte, así: 'La quebrada llamada **Cachicama**.'

"Pues bien, considero que esta apreciación de que los instrumentos públicos citados son prueba suficiente del lindero del predio del doctor Porras con los ejidos del Municipio, adolece de error de derecho."

Efectivamente, el honorable Tribunal ha considerado que una declaración en una escritura pública de que un fundo forma parte de otro, es, con respecto de terceros, plena prueba de la verdad de este aserto. Hay en esto una apreciación errada del valor de la prueba, pues, al tenor del artículo 1759 del Código Civil, "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." Por consiguiente, porque del hecho de que en la escritura pública número 182 de 24 de abril de 1910, se diga que el predio a que ella se refiere formaba parte de la hacienda **La Cabrera**, no puede deducirse en contra de terceros, que efectivamente formaba parte de ella. Considero que para que tal hecho se pudiera dar por comprobado hubiera sido necesario:

"1° Identificar la hacienda de **La Cabrera** para saber a qué porción de territorio se le daba este nombre.

"2° Presentar la diligencia de partición o de adjudicación para comprobar que efectivamente la hacienda de **La Cabrera** fue dividida; y

"3° Identificar esta porción, para comprobar que el terreno adjudicado era efectivamente parte de dicha hacienda y era el mismo cuya propiedad se alega. Pero por la simple declaración en un título relativo a la enajenación de un fundo, en la que se manifieste que éste formaba parte de otro, no puede darse por comprobado este hecho. Como tal hizo el Tribunal, considero que en su fallo apreció la prueba de modo contrario al derecho, y que por lo tanto debe casarse la sentencia."

El apoderado del recurrente ante el Tribunal combate también por error de derecho el aserto de éste, consistente en que el predio del doctor Sebastián Porras hizo parte de la hacienda de **La Cabrera**, fundado sólo en la referencia que al respecto hizo la señora Isabel Porras de Aranda al venderle dicho predio al señor Daniel Porras por la escritura 182 de 14 de abril de 1910. Acusa también la sentencia por haber violado en virtud de tal error los artículos 1759 y 1766 del Código Civil.

Considera la Corte que para decidir una cuestión de límites es pertinente la prueba de los títulos de dominio de los litigantes, aunque esos títulos no establezcan relaciones entre ellos, pues los instrumentos públicos ha-

cen plena fe contra todos en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha; y relativamente a la propiedad prueban el dominio *erga omnes* o contra todos, mientras no se oponga a quien los exhibe, títulos prevalecientes. Pero de ese principio no puede desprenderse la consecuencia de que las meras enunciaciones de esos títulos puedan perjudicar a terceros.

En el caso presente el señor Sebastián Porras exhibió como título directo de propiedad del terreno, cuyo deslinde solicita, la escritura número 502 de 12 de octubre de 1910, otorgada ante el Notario de San José de Cúcuta, por la cual el señor Daniel Porras le vendió ese terreno manifestando que era parte de la hacienda de La Cabrera, sita en el Municipio del Rosario.

La venta, en lo pertinente, se hizo por los siguientes linderos: "Por el Norte, con terrenos de la sucesión de Secundino Alarcón, y en parte con terrenos ejidos del Distrito del Rosario."

El señor Daniel Porras había obtenido en permuta el mismo terreno por escritura número 182 de 14 de abril de 1910, de la señora Isabel Porras de Aranda, por los mismos linderos: por el Norte, en parte, dice, "con terrenos ejidos del Distrito del Rosario."

Enunció dicha señora que hubo el terreno permutado por adjudicación que se le hizo en el juicio de partición material de la hacienda de La Cabrera, situada en jurisdicción del Rosario.

Pero ese título de adjudicación no fue acompañado a los autos, para establecer el nexo del terreno vendido con la mentada hacienda de La Cabrera y para demostrar que ese terreno, que era parte de la hacienda de La Cabrera, conservaba por el Norte el lindero de dicha hacienda.

Se presentó un título de 1857 referente a la hacienda de La Cabrera, en que su dueño cargó sobre ella un censo en favor de las ánimas de la Iglesia del Rosario de Cúcuta, y en que se fijó como límite norte de dicha hacienda la quebrada de La Cachicama.

Ahora, el Tribunal fundado sólo en la enunciación hecha por la permutante Isabel Porras de Aranda y por su vendedor Daniel Porras en la escritura de 1910, referente a que el lote cuestionado era parte de la hacienda de La Cabrera, concluye que como la dicha hacienda lindaba por el Norte con la quebrada de La Cachicama, ese debe ser el lindero del lote del doctor Sebastián Porras. Ya se ha visto que en las escrituras del lote del doctor Sebastián Porras se señaló como lindero norte, en parte, con los ejidos del Distrito del Rosario.

La conclusión del Tribunal está fundada, en concepto de la Corte, en un error de derecho consistente en darle fuerza contra el Distrito del Rosario a la parte enunciativa de las escrituras de mil novecientos diez, y en dar por probado el hecho, de que el lote que compró el señor Porras hacía parte integrante del terreno de La Cabrera. Si se tratara de una reivindicación, es claro que no habiéndose probado el nexo de las escrituras de 1910 y 1857, no podría aducirse este último título como antecedente del dominio, y lo mismo ocurre en tratándose de linderos, ya que éstos sirven para definir hasta donde se extiende el dominio que se invoca.

Por el error de derecho apuntado que entraña la violación del artículo 1759 del Código Civil, en el sentido en que se ha expuesto, ha de casarse la sentencia del Tribunal.

Para dictar la que corresponde a esta Superioridad en reemplazo de la infirmada, se considera:

Desechada la prueba quedan los títulos presentados y el concepto de los peritos que intervinieron en la diligencia de deslinde, los cuales, fundados en esos títulos, fijaron como raya divisoria el callejón de Las Morcillas, que corresponde a la quebrada de La Cachicama, de que habla la escritura de 1857, escritura que no puede tomarse en cuenta por las razones que se dejan expuestas, es preciso buscar en el proceso los elementos de convicción que conduzcan a la determinación de la línea.

En la segunda instancia fueron presentados siete testigos que exponen de modo conteste que, con una anterioridad mayor de treinta años, han conocido como lindero entre los ejidos del Distrito del Rosario y el predio del señor Sebastián Porras, el de la antigua vía pública que conduce a la población de Concordia, antes llamada de Planadas, vía que está demarcada por una callejuela entre ambos fundos, formada por una cerca de paredes y construcciones del lado occidental; que entre este camino público y el callejón de Las Morcillas, que se ha señalado como lindero, existe todo un barrio de la población del Rosario, fundado hace más de treinta años, y que se halla ocupado en su integridad por más de sesenta colonos y propietarios que tienen allí sus habitaciones, cultivos, huertas y posesiones; que los habitantes han estado sujetos a lo que sobre higiene, embellecimiento y sistema tributario les ha impuesto el régimen municipal y de la Unión; que ese lote se encuentra completamente urbanizado y dividido en calles y carreras, atendiendo al plano oficial de urbanización; que existe allí el acueducto municipal, etc., etc.

La Junta Municipal de Catastro corrobora las declaraciones anteriores con esta certificación:

"Para dar cumplimiento al despacho número once de esa Superioridad, fechado el 11 del mes de mayo próximo pasado, se reunió la Junta Municipal de Catastro, que tengo el honor de presidir, y en plena sesión se acordó dar a usted la relación de los colonos y propietarios existentes dentro del lote de tierra situado entre el callejón de Las Morcillas y el camino antiguo a Concordia y a Planadas, como en efecto se hace, expresando primeramente el nombre de los propietarios que vienen pagando impuesto predial, la mayor parte de ellos hace más de cuarenta años, y el valor de las fincas que poseen, y son: Pedro Espinosa, \$ 100; Esteban Luna, \$ 200; Juan Jaimes, \$ 100; Félix Granados, \$ 300; Alcira Díaz, \$ 100; Felicita García, \$ 200; Felipe Maldonado, \$ 400; Emiliano Rojas, \$ 100; Fernando Fonseca, \$ 100; Juan Omaña, \$ 100; Marco Aurelio Ramírez, \$ 100; Jesús y Antonio Maldonado, \$ 100, y Vicente Fajardo, \$ 400.

"Hay un número considerable de colonos relativamente pobres, cuyas propiedades no las ha gravado con impuesto alguno la Junta Municipal de Catastro ni las demás entidades municipales, en consideración, que siempre han tenido como justa, y son los siguientes (aquí se enumeran ellos con sus nombres propios).

"Todos éstos, aunque no pagan, como se dijo ya, impuesto alguno por aquellas propiedades, si vienen en posesión pacífica de sus predios como dueños absolutos desde hace más de treinta años, y más o menos en ellas (las propiedades) se halla representado el valor de \$ 5,000.

"Todas las casas de los propietarios y colonos cuentan con solares suficientes y en ellos cultivan agricultura y

otras plantas o arbustos de productos; como también se hallan en orden y sometidas al trazado que el Municipio hiciera por medio del Agente del Ministerio Público, como continuación de la cabecera municipal, formando allí un barrio anexo, conocido ya con el nombre de **La Palmita**, con calles y carreras amplias y rectas, servicio de acueducto y alumbrado eléctrico públicos, y una de sus avenidas presta el servicio para la entrada de la carretera que conduce a Concordia.

"Autorizado ampliamente por la Junta Municipal de Catastro, dejo así cumplida la comisión de esa Superioridad, y devuelvo el despacho número 11, al cual hice arriba referencia.

"El Presidente de la Junta Municipal de Catastro," (aquí la firma de éste y abajo la del Secretario de la Junta).

La inspección ocular, practicada con el concurso de peritos completa las pruebas anteriores, y por su importancia se transcribe en los puntos pertinentes:

"Entre el predio de Sebastián Porras y el predio del Municipio existe desde tiempo inmemorial una vía pública de comunicación hacia la antigua población de Planadas, hoy de Concordia, lo que se conoce claramente por la callejuela formada por paredes (del plano línea recta roja G. H.) y cercas existentes de uno y otro lado. Nos fundamos para hacer esta aseveración, en que tal hecho aparece del aspecto de antigüedad de los empedrados que existen en algunas partes, de las paredes que bordean la callejuela y las casas existentes, y por último por el conocimiento personal y directo que hemos tenido de esa callejuela o camino público, desde hace más de cincuenta años. Al segundo: como lo manifestamos en el punto anterior, el límite del predio de Porras con el Municipio del Rosario, es precisamente la callejuela o vía para Planadas o Concordia, conocimiento que tenemos desde hace más de cincuenta años. Al punto tercero: el lote del Municipio, dividido del de Porras por dicha callejuela o vía, según el plano, que hemos levantado hoy, se halla ocupado en su integridad por setenta y dos colonos cuyos nombres y situación de los lugares que ocupan figuran en el plano mencionado, quienes tienen allí habitaciones, huertos, cultivos y posesiones. Al cuarto: el lote que se considera como del Municipio, denominado de **La Palmita**, se halla casi completamente urbanizado y dividido o trazado en calles y carreras, atendiéndose al plano de urbanización actual y futuro de esa parte del Municipio, según lo hemos detallado en el plano a que nos hemos referido. Quinto: dentro del lote del Municipio que queda separado del predio de Porras por la callejuela o vía que conduce a Planadas o Concordia, existen casas viejas y nuevas, edificios en ruinas, cercas de pared y de alambre sobre árboles ya viejos también, y se advierten en el suelo otros vestigios como los empedrados de que hemos hablado ya, y en las edificaciones, que revelan que ese lote ha sido ocupado en su integridad por el Municipio y por los vecinos propietarios que allí tienen sus propiedades y ocupaciones materiales, sin que el doctor Sebastián Porras haya tenido cosa alguna que ver con los poseedores materiales allí existentes. Sexto: este mismo lote se halla ocupado y cruzado por el acueducto municipal en toda su longitud (marcado en el plano con las líneas J. K. y un ramal L.), también lo cruza la carretera que va a Concordia y Herrán, y que en el plano se observa a continuación de la carrera Santander. Séptimo: la línea que expresa

la diligencia de deslinde de fecha diez y nueve de octubre de mil novecientos veinticinco (que se nos ha leído en este momento y que conocemos, y que es el callejón de **Las Morcillas**), al llegar a ser la divisoria definitiva entre los predios del Municipio y de Porras, permitirá a éste la ocupación inmediata de todas las edificaciones, habitaciones, huertas y cultivos y posesiones del numeroso grupo de moradores que existen en el lote desde hace más de cincuenta años, y lograría Porras adquirir por medio del deslinde y de la entrega que se le hiciera, lo que en su vida jamás ha poseído ni ocupado por sí ni por medio de otros. Octavo: de acuerdo con lo que se pide en este punto hemos formado un plano o croquis del lote municipal o barrio de **La Palmita**, como se le conoce hoy, y allí demarcamos debidamente las calles, carreras, el lugar de las habitaciones indicado por cuadros, haciendo constar que el resto de cada manzana son solares cultivados de árboles frutales y huertas, y al frente del plano la lista de los propietarios allí reconocidos. El callejón de **Las Morcillas** divide la población en dos secciones, el barrio de **La Palmita** y el del Centro o Cabecera. También hacemos constar que el Municipio tiene establecido desde hace varios años en el citado barrio de **La Palmita**, servicios de luz y agua (esta última marcada en el plano con la letra L). Manifestamos que fundamos este conocimiento, además de las razones expresadas, en la propia y directa percepción que tenemos de tales terrenos, desde un lapso de tiempo mayor de cincuenta años."

Ahora bien, es evidente que habiendo oscuridad en los títulos, o mejor dicho, no dando luz ninguna los títulos presentados en el juicio de deslinde, es preciso atenerse a la posesión como dato para determinar la raya divisoria, y a otros elementos del proceso. Así lo ha resuelto esta Corte en varias decisiones. (Véanse sentencias de 30 de agosto de 1919, tomo XXVII, página 173, y la de 6 de octubre del mismo año, tomo citado, página 321, columna 3°).

Las pruebas anteriores demuestran que hace más de treinta años la región comprendida entre el camino que conduce a Concordia y el pretendido lindero del callejón de **Las Morcillas** hace parte de la población del Rosario y constituye un barrio de ella, con sus calles y sus carreras, ocupado por casas de habitación y terrenos cultivados, que gozan de servicios de luz y agua.

Por lo cual es forzoso concluir que es la vía pública que conduce a Concordia, el lindero entre el Municipio y el predio del doctor Sebastián Porras.

Es de anotarse que éste, en el curso de más de treinta años, mientras que se ha venido urbanizando y creciendo la población del Rosario, no ha hecho, o por lo menos no hay prueba de ello, gestión alguna para alegar derecho sobre el barrio de esa población denominado **La Palmita**, que hoy quedaría, si se aceptara la línea que pretende, dentro de sus tierras.

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, casa parcialmente la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Pamplona el veinticuatro de septiembre de mil novecientos treinta, en lo relativo a la línea divisoria señalada entre el predio del doctor Sebastián Porras y los ejidos del Municipio del Rosario, revoca en esa parte la sentencia de pri-

mera instancia, imprueba en dicha parte el deslinde practicado, y en su lugar se resuelve:

Señálase como línea divisoria entre el predio del doctor Porras deslindado en la demanda y los ejidos del Municipio del Rosario, en la parte discutida en este litigio, la callejuela del camino público que conduce a Planadas o Concordia, señalada en el plano levantado por los peritos que intervinieron en la inspección ocular de doce de junio de mil novecientos veintinueve, con las letras G. H.

Queda vigente la sentencia de segunda instancia, en cuanto confirma la de primera que aprobó el deslinde practicado entre el predio del doctor Sebastián Porras y el del señor Agustín Granados.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese esta sentencia en la *Gaceta Judicial*, y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintisiete de enero de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Llevando por móvil la venganza, en traje de paisano, y prevalido de su condición de Agente de Policía, a eso de las once y media del día diez y ocho de febrero de mil novecientos veintinueve, penetró Ismael Otálvaro al patio de la cárcel de Calarcá, y allí, acercándose al preso Jesús María Grisales, sin prevenirlo ni darle tiempo de ejercitar defensa, le infligió dos puñaladas, con las cuales le produjo la muerte casi instantánea.

Hecho el llamamiento a juicio por el Juzgado Superior de Pereira, en auto del quince de julio de mil novecientos veintinueve, que fue consentido por las partes, se siguieron los trámites correspondientes, hasta que con fecha seis de mayo de mil novecientos treinta, el Tribunal Superior declaró notariamente injusto el primer veredicto pronunciado en la causa, motivo por el cual se convocó un nuevo Jurado, que profirió su veredicto así:

“¿El acusado Ismael Otálvaro, mayor y vecino de Calarcá, es responsable de haber causado heridas con arma cortante y punzante a Jesús María Grisales, previa deliberación y resolución de ejecutar el hecho, a consecuencia de las cuales murió éste poco después, lo que pasó en el patio de la cárcel de Calarcá, donde se encontraba detenido el occiso, el diez y ocho de febrero de mil novecientos veintinueve, como a las once y media a. m., poco más o menos?”

El Jurado contestó: “Sí.”

“¿El acusado Ismael Otálvaro es responsable de haber ejecutado el hecho, a que se contrae la cuestión primera, con alevosía o a traición y sobresuro, sorprendiendo descuidada, indefensa o desamparada a la persona del occiso?”

El Jurado dijo: “Sí.”

En acatamiento al veredicto, el Juez Superior profirió, el veintiséis de julio de mil novecientos treinta, sen-

tencia que condena al procesado a veinte años de presidio y sus accesorias, como responsable de homicidio con caracteres de asesinato, fallo que el Tribunal Superior confirmó el día cuatro de diciembre del mismo año.

Oportunamente el procesado interpuso recurso de casación, invocando las causales 1ª, 2ª y 3ª del artículo 3º, Ley 78 de 1923, en escrito que es admisible para estudio de fondo, que se empieza por la segunda de ellas, puesto que se refiere a vicios de nulidad sustancial en el procedimiento.

Causal 2ª. Afirma el recurrente que la sentencia es violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado sobre un juicio viciado de nulidad que, en su sentir consiste en no haberse aplicado en el sumario lo dispuesto por el artículo 3º, Ley 104 de 1922, pues se le recibió indagatoria a Silvestre A. Gómez, sin asistencia de su apoderado, como puede verse al folio 50 vuelto, dice la demanda.

En el folio citado aparece la diligencia de ampliación de la indagatoria rendida por Silvestre A. Gómez, y consta allí que éste renunció al derecho de nombrar apoderado que lo asistiera en ese acto, por tenerlo ya constituido para el sumario.

Según el artículo 5º de la Ley 104 de 1922, a ningún sindicado se le recibirá indagatoria sin que esté presente su apoderado, salvo los casos que el mismo texto legal exceptúa, en ninguno de los cuales se hallaba el sindicado Gómez, y de acuerdo con el artículo 3º ibídem, todo sindicado tiene derecho de nombrar un apoderado que lo asista en la instrucción del sumario. Goza, pues, el sindicado de tal garantía para su defensa, pero la omisión de nombrarle apoderado cuando él no lo designa, no induce a nulidad sustancial del juicio, máxime si el sindicado renuncia expresamente a ese derecho, como lo hizo Gómez para la ampliación de su indagatoria, y si consta que tenía apoderado para asistirlo en la instrucción del sumario.

Efectivamente, de conformidad con el artículo 266, Ley 57 de 1887, fuera de los casos previstos en las disposiciones anteriores (artículos 264 y 265 ibídem), no puede ordenarse la reposición del proceso, cualesquiera que sean las omisiones o irregularidades que en él se anoten; y como la causal de casación de que se trata se refiere a vicios de nulidad sustancial en lo actuado, puede verse con claridad que no es el caso de infirmar el fallo, debido a la omisión que el recurrente anota.

Por lo demás, según lo observa el señor Procurador, tal irregularidad, con mucho, podría invalidar la diligencia respectiva; y aun así, no hay duda de que el único interesado en el reclamo sería Gómez, a quien no perjudica de ninguna manera la omisión.

Causal 1ª:

Dice el recurrente para sustentarla, que se aplicó una disposición penal distinta de la que correspondía al caso, pues en lugar del artículo 598 del Código Penal, según el cual se impuso la pena, debió aplicarse el artículo 602, o a lo sumo el 600, ya que afirma estar demostrado que el delito se cometió en riña provocada por el occiso, mediante ofensas graves en el acto mismo del homicidio, y cita en su favor las declaraciones de Rafael Baquero y Juan Angel Ruiz, en memorial dirigido a la Corte.

Pero si se considera que el veredicto, en términos claros y perentorios, afirma la responsabilidad del acusado por homicidio con premeditación y caracteres de asesinato; que el proferido por el primer Jurado fue declarado notoriamente injusto, en atención a las comprobaciones que el proceso arroja, y que, por lo mismo, el se-

gundo veredicto es intocable, según el artículo 50, Ley 169 de 1896, ha de llegarse a la conclusión de ser infundados aquellos reparos a la sentencia, que mal podría haber condenado por homicidio simplemente voluntario, en desarrollo de un veredicto afirmativo de responsabilidad por asesinato en términos inequívocos.

Causal 3ª:

Sostiene el recurrente estar la sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, pues dice que el llamamiento a juicio no le imputó la premeditación, no teniendo así oportunidad de defenderse durante el plenario, en lo relativo a esa circunstancia específica.

Tampoco aparece fundado este reparo, puesto que el auto de proceder hace con toda claridad el cargo por premeditación, como puede verse en la siguiente transcripción:

"Además, se ven en el expediente varias declaraciones de testigos, que dan cuenta de la prevención que Ismael Otálvaro manifestaba, y que demuestra la intención que tenía concebida de dar muerte a Jesús María Grisales.

"..... el delito revistió todas las características que constituyen el asesinato, pues según el decir de los testigos, hubo en el acto ejecutado por Otálvaro, premeditación, alevosía, y al occiso lo sorprendió indefenso y desapercibido."

Estas consideraciones del Juez son suficientes para que el llamamiento a juicio quedara hecho en forma que daba lugar a la defensa por el cargo especial de que se trata, de donde aparece la falta de razón en la causal que se estudia.

Y no está en lo cierto el recurrente cuando afirma que el Tribunal, al declarar la injusticia notoria del primer veredicto, violó la cosa juzgada, por cuanto aquél había consentido el fallo de primera instancia, y el Fiscal no había apelado, ya que, como fácilmente se advierte, de ninguna manera puede sostenerse que tal fallo se hubiese ejecutoriado, siendo preciso, como era, consultarlo con el Tribunal Superior, quien era el llamado a declarar aquella injusticia notoria, de conformidad con lo preceptuado en términos claros, por el artículo 163, Ley 40 de 1907; de suerte que si en el presente caso hizo tal declaración, no salió el Tribunal de sus facultades legales.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, materia del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, treinta de enero de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Al Jurado de calificación reunido para decidir acerca de la responsabilidad de Teodomiro Garzón, por el homicidio (parricidio) cometido en la persona de su esposa legítima Laura Buitrago, le sometió el Juzgado

Superior de Pereira los siguientes cuestionarios, que se transcriben con sus respectivas contestaciones:

"1º ¿El acusado Teodomiro Garzón, mayor de edad, es responsable de haber dado muerte a su legítima esposa Laura Buitrago, por medio de heridas que le causó con proyectiles de arma de fuego (revólver), previa deliberación y resolución de ejecutar el hecho, lo que pasó dentro de la cocina de la casa de habitación de los padres de la occisa, en el paraje denominado **La Arboleda**, del Corregimiento de La Tebaida, de la jurisdicción municipal de Armenia, el siete de mayo de mil novecientos veintiocho, como a las siete de la mañana, poco más o menos?"

"2º ¿El acusado Teodomiro Garzón cometió el hecho que se menciona en la cuestión anterior con las siguientes circunstancias, o alguna o parte de ellas: con alevosía y a traición y sobreseguro, sorprendiendo descuidada, indefensa y desapercibida a la persona de la occisa?"

A la 1ª y 2ª: **"Sí, pero impulsado por los celos ocasionados por las infidelidades de su esposa."**

En desarrollo de ese veredicto, el Juzgado, con aplicación de las disposiciones de los artículos 324 de la Ley 57 de 1887, artículo 3º, Acto legislativo número 3 de 1910, transitorio b); 3º de la Ley 54 de 1913; 75 de la Ley 100 de 1892; 22 de la Ley 104 de 1922; 42, 85, 87 y 615 del Código Penal, condenó al acusado a la pena principal de veinte años de presidio con las accesorias correspondientes, lo cual fue confirmado por el Tribunal, en providencia de fecha veinte de agosto del año próximo pasado.

Contra el fallo del Tribunal interpuso casación el condenado, por medio del siguiente memorial:

"Señores Magistrados:

"Teodomiro Garzón, detenido por el delito de homicidio, con respeto manifiesto:

"Fundado en lo dispuesto por la Ley 78 de 1923, sobre recurso de casación, interpongo este recurso por vuestro conducto para ante la Suprema Corte de Justicia, y acuso la sentencia dictada por el honorable Tribunal, que me condenó a veinte años de presidio, de haber violado la ley sustantiva, representada en claras disposiciones del Código Penal, cuales son los artículos 604 y 605 del Código citado.

"Y como causales para recurrir a la Corte a casar la sentencia, señalo las apuntadas en los numerales 1º y 3º del artículo 2º de la Ley 78 citada arriba.

"Y digo que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, porque la modificación introducida por el Jurado que me juzgó, ha debido atenderse, tanto por el Juez Superior como por el Tribunal, para condenarme a la pena de seis meses de reclusión, pena determinada por el artículo 604 del Código Penal, o a lo sumo a la consignada en el artículo 602 de la misma obra, considerando el caso como de los menos graves establecidos en dicho artículo.

"Además, también se dictó sentencia contrariando, desatendiendo el veredicto del Jurado, en perfecto desacuerdo con éste, por las mismas razones que antes dije; pues ha debido la sentencia del Juzgado o del Tribunal atender a estas modificaciones, y dictar sentencia de acuerdo con el veredicto del Jurado.

"Me reservo el derecho de ampliar este recurso ante la Corte en Bogotá, a donde solicito, señores Magistrados,

se envíe el expediente, una vez admitido el recurso de casación que por medio de este memorial interpongo.

“Señores Magistrados.

“Teodomiro Garzón”

No está por demás advertir que el recurrente no cumplió con el ofrecimiento de ampliar el recurso, pues venció el término del traslado concedido ante la Corte sin que se hubiera presentado alegato ante la Corte.

Aunque en forma diminuta y deficiente, el memorial transcrito contiene base para un estudio de fondo, se considera:

La agregación puesta por el Jurado a su contestación, indica el móvil que guió al agente en la comisión del delito, y no hay duda que si ese móvil hubiera sido suficiente, en concepto del Jurado, para excusarlo de responsabilidad, así lo habría declarado, contestando negativamente los cuestionarios que se le formularon. Mas ese Jurado no le dio al móvil ese alcance, y muy al contrario, declaró que el acusado era responsable no sólo de un homicidio voluntario, sino también de que éste fue ejecutado con caracteres de premeditación y circunstancias de asesinato.

Si el Código Penal, aunque en el presente caso sólo se tratara de un homicidio (parricidio) simplemente voluntario, permitiese graduar la responsabilidad, podría el juzgador de derecho entrar a fijar el valor del móvil del agente, para determinar de acuerdo con él, y en armonía con la agregación puesta por el Jurado, la mayor o menor gravedad del hecho delictuoso, y por tanto de la responsabilidad, debiendo adaptar a ella, según la temibilidad, la sanción correspondiente.

Mas como lo examinan con todo acierto el Juez y el Tribunal, refiriéndose a las disposiciones penales vigentes sobre la materia y a decisiones anteriores de los Tribunales y de la Corte en relación con este asunto, el Código vigente, en forma muy clara, que no permite interpretación distinta y con evidente desacierto, impone la misma pena fija de veinte años de presidio, ya sea que se trate de un parricida voluntario, ya sea que medie premeditación y aun circunstancias de asesinato.

Si tratándose de un parricidio simplemente voluntario no se puede, por tanto, aplicar la penalidad ordinaria, sino la fija de veinte años de presidio, con mucho menos razón puede procederse con criterio distinto en un caso como el presente, en que el Jurado fue especialmente explicito al pronunciar su veredicto, comoquiera que declaró que el homicidio, según ya se vio, se había cometido con previa deliberación y con determinadas circunstancias, que le dan al hecho ejecutado por el acusado la fisonomía jurídica de asesinato.

En tales condiciones es improcedente solicitar la aplicación del artículo 604 del Código Penal, que se refiere al que, siendo provocado por alguna ofensa, injuria o deshonra grave, mate en el mismo acto al provocador, situación muy distinta de la aquí contemplada, y reconocimiento que se apartaría de lo resuelto por el Jurado, y muchísimo menos el artículo 602, que se refiere a situaciones muy distintas; artículos que el recurrente cita a la ligera, sin tomarse el trabajo, como era su obligación, de exponer las razones o el porqué debían aplicarse, en vez de los artículos tenidos en cuenta por los jueces de instancia.

“De manera que—dice el señor Procurador—la simple circunstancia de la agregación que hizo el Jurado a su contestación, en nada modifica la responsabilidad de

Garzón, como muy bien lo dicen el Juez y el Tribunal, y por lo tanto, hay que aceptar que las disposiciones penales fueron bien aplicadas, y de que la sentencia no está en desacuerdo con el veredicto.”

En virtud de lo expuesto, esta Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y por lo tanto, no infirma, la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, enero treinta de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Por auto de fecha siete de junio de mil novecientos veintinueve, el Juzgado 2° Superior del Distrito Judicial de Santa Marta llamó a responder en juicio criminal ordinario a Jesús Luna, “por los delitos de homicidio (doble), heridas y resistencia con armas a la autoridad, de que trata el Código Penal, respectivamente, en el Capítulo 1°, Título 1°, Libro 3°, y Capítulo 5°, Título 3°, Libro 2°”

Adelantada la causa y reunido el Jurado, le fueron propuestos a éste, solamente las cuestiones relativas a los homicidios, con circunstancias de asesinato. Estas últimas fueron contestadas en forma negativa, y respecto de aquéllas, descartó el Jurado la premeditación, y afirmó simplemente la responsabilidad del encausado por homicidios involuntarios.

Sobre este veredicto dictó sentencia el Juzgado, el veinticinco de noviembre de mil novecientos veintinueve, en que resolvió lo siguiente:

“Condenar a Jesús Luna, conforme al veredicto del Jurado, por los dos homicidios, así: calificando el delito en segundo grado, por existir las agravantes primera, segunda, cuarta, séptima del artículo 117 del Código Penal, y la segunda, cuarta, del 118 de la misma obra, a sufrir en la penitenciaría que designe el Gobierno, artículo 611 del Código Penal, seis (6) años de presidio por cada una de las muertes involuntarias causadas a Carlos Alberto Suárez y Petrona Videz, es decir, doce (12) años de presidio en conjunto; por las heridas causadas a Eufemia Cadena, conforme al artículo 648 del propio Código, un (1) año seis (6) meses de reclusión, y por la resistencia, conforme al 258 de la misma obra, diez (10) meses de presidio. Se advierte que los diez y ocho (18) meses de reclusión por el delito de heridas, se dejan computados en esta sentencia por doce (12) meses de presidio, artículo 133 del Código Penal.”

El fallo, cuya parte resolutive se ha transcrito, subió al Tribunal en virtud de apelación legalmente surtida, y esta entidad, con fecha veintiocho de febrero de mil novecientos treinta, declaró nulo todo lo actuado, desde el auto de proceder, inclusive, a fin de que por el Juez del conocimiento se dictara uno nuevo, por estimar que se había incurrido en equivocación relativa a la denomi-

nación genérica del delito (artículo 264 de la Ley 57 de 1887, ordinal 7º), ya que la imputación formulada al acusado por su ataque a Eufemia Cadena no podía considerarse como de heridas, sino como tentativa de homicidio, conforme a las claras constancias del informativo al respecto.

En cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal, el Juzgado, con fecha nueve de mayo del año pasado, llamó nuevamente a responder a Jesús Luna por los delitos de doble homicidio, tentativa de homicidio y resistencia armada a la autoridad, señalando los capítulos, títulos y libros respectivos del Código Penal, que tratan de tales hechos. Y adelantada otra vez en esta forma la causa, le propuso al Jurado, convocado y reunido para tal efecto, los siguientes cuestionarios:

"Pliego de cargos.

"Cuestión primera:

"¿El acusado Jesús Luna es responsable de haber dado muerte voluntariamente al niño menor (cuatro años) Carlos Alberto Suárez, encontrándose éste en la plaza de El Banco, nombrada **Chapinero**. El niño Suárez se encontraba en aquel lugar, con su tía Eufemia Cadena, presenciando las fiestas de las vísperas del ocho de diciembre, cuando llegó el acusado, y al ver a la señora Cadena, con quien había tenido vida marital y de quien tenía celos, le hizo el disparo, con el que dio muerte al niño Suárez, todo lo cual ocurrió en la citada población de El Banco, en las primeras horas de la noche del día ocho de diciembre de mil novecientos veintiocho, y en la ejecución de este hecho hubo premeditación de parte del acusado?"

"El Jurado resuelve:

"Sí, sin premeditación."

"Cuestión segunda:

"¿El acusado Jesús Luna ha cometido los hechos que se mencionan en la cuestión primera con las siguientes circunstancias: a mansalva y sobreseguro, cogiendo indefensa a su víctima y desapercibida?"

"El Jurado resuelve:

"No."

"Pliego de cargos.

"Cuestión primera:

"¿El acusado Jesús Luna es responsable de haber dado muerte voluntariamente a la adulta Petrona Videz, en momentos en que Eufemia Cadena, atacada por Luna a tiros de revólver, se escondió tras de Petrona Videz, lo cual impidió que Luna descargara su revólver contra la Cadena, de cuyo disparo quedó muerta instantáneamente Petrona Videz, hecho que tuvo lugar en la ciudad de El Banco, en la plaza de **Chapinero**, el día ocho de diciembre de mil novecientos veintiocho, entre las siete y ocho de la noche, y hubo en éste premeditación de parte del acusado?"

"El Jurado resuelve:

"Sí, sin premeditación." (Por mayoría).

"Pliego de cargos.

"Cuestión segunda:

"¿El acusado Jesús Luna ha cometido los hechos que se mencionan en la cuestión principal con las siguientes

circunstancias: a mansalva y sobreseguro, cogiendo indefensa a su víctima y desapercibida?"

"El Jurado resuelve:

"No."

"Pliego de cargos.

"Cuestión primera:

"¿El acusado Jesús Luna es responsable de haberle querido quitar la vida a la señora Eufemia Cadena, por medio de varios disparos de arma de fuego (revólver), cuyos disparos, el primero y el segundo causaron la muerte a dos individuos que estaban al lado de la agredida, y no obstante esas muertes, el acusado Luna continuó disparando en momentos en que la Cadena corría para evitar el ataque, alcanzando a hierirla en distintas partes del cuerpo; heridas descritas así: la primera, penetrante, de forma oval, situada hacia abajo del nivel de la articulación externa clavicular derecha e interna a la línea paraexternal; la segunda, situada a siete centímetros de la primera y a siete de las vértebras dorsales, también penetrante; la tercera, en la región lumbar izquierda, a diez centímetros hacia atrás de la espina superior y cresta del íleo y un poco hacia arriba; la cuarta, en el dedo corazón izquierdo, en el nivel de la articulación de la segunda falange, hecho ocurrido en la plaza de **Chapinero**, de la población de El Banco, el día ocho de diciembre de mil novecientos veintiocho, y en la ejecución de este delito hubo premeditación de parte del acusado?"

"El Jurado resuelve:

"Sí, sin premeditación." (Por mayoría).

"Pliego de cargos.

"Cuestión segunda:

"¿El acusado Jesús Luna ha cometido los hechos que se mencionan en la cuestión principal con las siguientes circunstancias: habiéndole querido quitar la vida a mansalva y sobreseguro, cogiendo indefensa y desapercibida a su víctima?"

"El Jurado resuelve:

"No." (Por mayoría).

Sobre el veredicto en referencia, tal como se ha conocido en las respuestas que se dejan transcritas, dictó sentencia el Juez a quo, el cinco de marzo del año próximo pasado, en que resolvió condenar a Luna a las siguientes penas: "en segundo grado, por existir estas circunstancias agravantes del artículo 117 del Código Penal: 1º, 2º, 7º y 10º y las atenuantes que se anotan; 21 y 4º del artículo 118 del mismo Código. Lo condena asimismo (sic) a la pena de nueve (9) años de presidio por cada homicidio; a cuatro años, un (1) mes, quince (15) días, también de presidio, por el delito de la tentativa, artículos 600 y 8º, Código Penal, segundo grado. Por el de resistencia a la autoridad con armas, artículos 23, 238, Código Penal, a la pena de un (1) año y tres meses de presidio, todas estas penas en segundo grado, o sea un total de veintitrés (23) años, cuatro (4) meses, quince (15) días de presidio. A esta pena se agrega la que indica el artículo 42 del mismo Código. A la pérdida de los derechos políticos. Se descontará al acusado veintiséis (26) meses, veinticuatro días (24) que hace está preso hasta hoy."

Apelado este fallo por el sentenciado y su defensor para ante el Tribunal, éste, en providencia de fecha nueve de mayo del año próximo pasado, lo confirmó en todas sus partes.

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron aquellos recurso de casación, el cual les fue concedido, y consecuentemente, remitidos los autos a esta Sala para los efectos correspondientes.

Agotada en este Despacho la tramitación propia del recurso, se procede a resolverlo, teniendo en cuenta que prestan mérito suficiente para estudiarlo en el fondo, tanto el escrito del sentenciado y su defensor, presentado ante el Tribunal, como el del apoderado del primero, dirigido a esta Sala durante el término del traslado que aquí se concedió.

Los motivos de casación aducidos así por los recurrentes, como por el apoderado, son los siguientes—en el orden en que deben estudiarse—según los expresa éste al referirse a la sentencia objeto del recurso, cuando dice:

“I. Es violatoria de la ley procedimental, por cuanto se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial (causal 2ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923).

“II. Es violatoria de la ley penal, porque se interpretó ésta mal, y se aplicaron disposiciones distintas de las que correspondía aplicar (causal 1ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923).”

Lo mismo el sentenciado y su defensor, como el señor apoderado, exponen ampliamente los fundamentos de las causales invocadas. Pero como sus disertaciones al respecto son harto largas, se opta por exponer aquí la síntesis que de ellas hace en su vista el señor Procurador, quien trae el siguiente completo resumen:

“Consideran los recurrentes que la sentencia es violatoria de la ley procedimental, en concepto de haber sido dictada sobre un juicio viciado de nulidad, según la ley, por los siguientes motivos:

“1º Por cuanto actuaron como miembros del Jurado en la celebración del juicio, y por consiguiente, en la dación del veredicto, los señores Joaquín A. Ceballos, Miguel Antonio Amaya y Héctor Guardiola, siendo así que en la época en que el juicio se celebró, ya no figuraban en la lista de designados, por haberlos suprimido el Tribunal al formar la que para entonces debía regir, y este hecho, en concepto de los recurrentes, genera una nulidad, por incompetencia del Juez, directamente deducida respecto del Jurado que estuvo formado por personas que por aquella razón no tenían el carácter de jueces de hecho, sino de simples particulares, cuando se dictó el veredicto, o la nulidad de que trata el artículo 311 de la Ley 57 de 1887; y en concepto del señor apoderado ante esa honorable Corte, genera la misma nulidad por incompetencia del Juez, deducida de modo indirecto al de derecho que falló de acuerdo con un veredicto dictado por personas que no podían dictarlo, debido a que no eran jueces de hecho en ejercicio de las funciones propias de éstos.

“2º Por cuanto el sindicado Luna fue llamado a juicio por tentativa de homicidio en la persona de Eufemia Cadena, siendo así que el delito cometido por él se caracteriza en el de heridas, lo cual constituye la nulidad especificada taxativamente en el número 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, y consistente en ‘haberse incurrido en equivocación relativa a la denominación genérica del delito.’

“3º Por cuanto el Juez Superior conoció del delito de resistencia a la autoridad, sin intervención del Jurado, hecho éste que constituye la causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción, conforme a las razones del motivo 1º enantes expuesto.

“Consideran asimismo los recurrentes que la sentencia es violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta, y por haberse aplicado disposiciones distintas de las que correspondía aplicar, y los motivos que tienen para hacer esta consideración, son los que se verán en seguida:

“1º Porque no estando probado el ‘a sabiendas’ que exige el artículo 238 del Código Penal en el delito de resistencia a la autoridad, se interpretó mal esta disposición, al condenar a Luna por ese delito con aplicación a ella.

“2º Porque se condenó a Luna por el delito de tentativa de homicidio en la persona de Eufemia Cadena, habiendo sido en realidad de heridas, el que Luna cometió en ésta.

“3º Porque al calificar en segundo grado los delitos, sin existir circunstancias agravantes, erró en esta calificación, aplicando indebidamente, por consecuencia, las circunstancias 1ª, 2ª, 7ª y 10ª del artículo 117 y los artículos 123 y 124, todos del Código Penal.”

Compendiando lo anterior se puede, pues, decir que los recurrentes han reunido en dos grupos los motivos de casación por ellos expuestos, a saber: el uno sobre la base de la causal 2ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, con los fundamentos que lo sustentan, según se acaba de ver; y el otro sobre la causal 1ª del propio artículo, con las razones en que lo fundan. En este mismo orden se estudiarán las causales, porque, como es obvio, si existe nulidad en el procedimiento por alguno de los motivos expresados por los recurrentes, carecería de objeto el tratar lo relativo a violación de la ley penal sustantiva, bien por mala interpretación o por aplicación de disposiciones distintas.

Estudiando, pues, de preferencia lo relativo a violación procedimental, consistente en haber actuado como Jurados sujetos que, si a la época del sorteo figuraban en la lista respectiva, el día de la audiencia, es decir, cuando actuaron propiamente como Jurados de calificación o Jueces de hecho, ya no se hallaban en la lista de designados, se tiene, conforme a las constancias del informativo, lo siguiente:

“A folio 117 del expediente aparece la verificación del sorteo del Jurado, sorteo en virtud del cual quedaron integrando éste, los señores Joaquín A. Ceballos, Ramón Rosado, Víctor Ospina Méndez, Miguel Antonio Amaya y Héctor Guardiola. Este acto tuvo lugar el veintitrés de julio de mil novecientos treinta.”

Posteriormente, el ocho de septiembre del mismo año, según se desprende del folio 164 del proceso, el Tribunal Superior de Santa Marta, dando cumplimiento al artículo 2º de la Ley 1ª de 1923 renovó en parte las listas de Jurados, haciendo las inclusiones y exclusiones legales del caso, lista que remitió al Juzgado 2º Superior del mismo Distrito Judicial, y que el Juzgado adaptó para los sorteos respectivos, con fecha doce de septiembre de mil novecientos treinta. Al hacer la renovación de la lista en cuestión, el Tribunal excluyó de ella los nombres de los señores Joaquín A. Ceballos, Miguel Antonio Amaya y Héctor Guardiola, es decir, que se hizo exclusión precisamente de tres de las personas que habían

sido sorteadas para formar el Jurado de calificación en la causa contra Jesús Luna.

Hay constancia a folio 138, que por hallarse ausente uno de los miembros del Jurado, ya sorteados, el señor Ramón Rosado, y no esperarse muy pronto su regreso, el Juzgado ordenó reemplazarlo, en auto de veinticinco de septiembre de mil novecientos treinta, disponiendo la práctica del sorteo parcial, el cual tuvo lugar el veintinueve siguiente, sirviendo para ello la nueva lista remitida por el Tribunal. El mencionado señor Rosado se reemplazó con el señor Gonzalo Noguera.

Con el Jurado compuesto por los señores Ceballos, Amaya, Guardiola, Ospina Méndez y Noguera, se celebró la audiencia pública en la causa contra Luna, el tres de marzo de mil novecientos treinta y uno, como consta del folio 153 del expediente. Es indudable que tres de estos sujetos, o sean los tres primeramente mencionados—Guardiola, Amaya y Ceballos—no figuraban en la lista de designados cuando se verificó la audiencia. Sin embargo, intervinieron en ella con el carácter de Jueces de hecho y emitieron el veredicto que sirvió de base a la condena del encausado.

No se puede desconocer el hecho de que el sorteo de veintitrés de julio de mil novecientos treinta, que designó a los señores Ceballos, Rosado, Ospina Méndez, Guardiola y Amaya, como miembros del Jurado que debía intervenir en la causa contra Jesús Luna, se verificó en legal forma. No se puede desconocer tampoco que los señores Ceballos, Amaya y Guardiola actuaron de Jurados cuando ya no figuraban como tales en la lista respectiva, es decir, cuando ya no eran designados, por haber sido excluidos de la lista que estaba en vigencia en el Juzgado 2° Superior de Santa Marta, al tiempo de la celebración de la audiencia.

Aquí se presenta el caso de saber si los Jurados adquieren toda la plenitud de su ejercicio por el hecho del sorteo, y por corrérseles traslado del expediente, o si aquella plenitud de funciones tiene lugar más bien cuando actúan como Jueces de conciencia durante la audiencia, es decir, cuando aprecian los hechos y deciden de conformidad sobre si el encausado es responsable o no de los actos delictuosos que se le imputan.

Es indudable que el sorteo y el traslado pueden considerarse como formalidades previas, sin las cuales—sobre todo el primero—no se puede saber qué determinada persona debe desempeñar el cargo de Jurado. Pero no quiere decir que esas dos formalidades sean lo sustancial dentro del cargo mismo, comoquiera que éste sólo se desempeña fundamentalmente y de una manera esencial y completa cuando se ejerce dentro de la audiencia, emitiendo el veredicto correspondiente.

Y es tanto más cierto lo que se dice respecto de los Jurados sorteados y a quienes se les ha corrido el traslado, que basta ver las disposiciones que regulan esta materia, para que se comprenda cómo todas convergen, en el fondo, a que los Jurados lleguen a la audiencia, es decir, al momento en que deben desempeñar fundamentalmente su cargo, sin ninguna tacha que los inhabilite para desempeñar el cargo.

Otra consideración que cabe hacer en estos particulares es la de que, si la ley ha querido—artículo 311 de la Ley 57 de 1887—que para ciertos casos que pudieran estimarse como incidentales, tales como el someter a un Jurado que ya ha actuado alguna nueva cuestión o subsanar alguna irregularidad, se sorteen nuevos Jurados,

en caso de que algunos estuvieren legítimamente impedidos para concurrir al acto, o fueren excusados, o estuvieren ausentes o hubieren dejado de ser designados, teniéndose por anulada la causa respecto de los cargos a que se refieren las informalidades que se van a subsanar, o con mayor razón, que es como si se dijera **a fortiori**, debe hacerse tal sorteo cuando se trata de decidir todas las cuestiones formuladas contra un acusado, presentándose el caso de que Jurados ya sorteados para una audiencia de tal clase, han dejado de ser designados, por haber sido excluidos de la lista correspondiente.

Quiere decir lo anterior que cuando en el Juzgado 2° Superior de Santa Marta, se recibió el once de septiembre de mil novecientos treinta la lista de designados revisada por el Tribunal, y en la cual no figuraban los nombres—por haberse excluido expresamente—de los señores Héctor Guardiola, Joaquín Ceballos y Miguel Antonio Amaya, ha debido procederse a un sorteo parcial para reemplazarlos, ya que tales señores no podían intervenir, por no figurar en la nueva lista, es decir, por no ser designados, en el acto fundamental de la audiencia para decidir como Jurados acerca de la responsabilidad del encausado Jesús Luna.

Ya en este punto de las consideraciones que se vienen formulando, no se halla acorde la Sala con los recurrentes, en lo relativo a la causal de nulidad invocada, es decir, en que se trata del numeral 1° del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, porque es evidente que el Juez Superior si era competente para conocer del asunto y tenía la jurisdicción del caso para ello. Lo que sucede es que, debiendo conocer con intervención del Jurado, la mayoría de los miembros de éste estaban en circunstancias, según se ha visto, de no ejercer el cargo en su parte esencial y en toda su plenitud, por no ser designados en la lista vigente. Pero de ello no se puede deducir en manera alguna falta de jurisdicción en el Juez de derecho incompetencia del mismo, por no tenerla la mayoría de los Jurados, ya que éstos, según el inciso final del artículo 304 de la Ley antes citada, no ejercen jurisdicción, ni son los que condenan o absuelven a los acusados, ni su misión tiene por objeto la persecución ni el castigo de los delitos, sino sólo el decidir si el acusado es o no culpable del hecho o hechos que se le imputan.

Siendo esto así, como lo es, es evidente que de lo que se trata es de la causal que se contempla en la segunda parte del numeral 2° del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, es decir, de no haber reemplazado a algunos de los Jurados, siendo el caso de hacerlo. Sin que se arguya que no se cumple la condición consignada allí mismo y relativa a la necesidad de haberse reclamado de la resolución del Juez sobre el asunto en el acto del sorteo, porque esto era absolutamente imposible en el caso que se contempla, comoquiera que cuando se verificó el sorteo de veintitrés de julio de mil novecientos treinta, si estaban en la lista de designados los individuos que fueron sorteados, y entonces no había lugar a reclamo. Sólo después dejaron de ser designados, es decir, cuando debían desempeñar su cargo esencial y definitivamente, y entonces es cuando se ha debido proceder a reemplazarlos por medio de un sorteo parcial, previsto por la ley para tales casos. De suerte, pues, que, por imposibilidad absoluta dentro del proceso, la condición de reclamo a que se refiere la última parte de la causal mencionada, no puede tener efectividad en el presente caso, y menos en el acto mismo del sorteo primitivo, sin que por eso, como es obvio, deje de aplicarse tal causal, ya que lo principal de ella es el hecho de no haberse procedido al reemplazo

de los Jurados, siendo el caso de hacerlo, como aquí se ha demostrado.

De paso es conveniente observar, a fin de evitar nuevas irregularidades al hacer la declaratoria de nulidad, y consiguientemente al proceder a reponer lo anulado, que si bien es verdad que a los Jueces Superiores se les ha señalado por la ley el conocimiento de determinados delitos con intervención del Jurado, no es menos cierto que cuando a más de tales delitos existen otros que, aunque pertenecientes a otras jurisdicciones o competencias tienen, por uno u otro motivo, relación íntima con aquéllos, el Juez Superior debe fallarlos todos en el mismo proceso. Pero es obvio que el fallo debe entrañar y tener un procedimiento idéntico. No se explicaría que unos hechos se sometieran a un procedimiento y otros a otro; ello sí podría considerarse hasta absurdo, y para tal caso sí sería menester una disposición clara, precisa y perentoria de la ley. Es decir, que lo exacto sería precisamente lo contrario de lo que dice el señor Procurador, a saber: que para que el Juez Superior conociese sin intervención del Jurado, de delitos acumulados, o cuya conexión resultara indispensable por cualquier motivo, como sucede en el presente caso, habría necesidad de una disposición legal que lo dijese claramente. Y esto porque la jurisdicción acumulativa debe comportar lógica y jurídicamente, en todo caso, el mismo procedimiento.

De manera que al formularse, por el Juez de la causa, al nuevo Jurado que debe actuar en este proceso, los cuestionarios respectivos, debe proponérsele todas las cuestiones referentes a todos los delitos por los cuales ha sido llamado a juicio el acusado; porque el Juez Superior no puede conocer de ellos sino con intervención del Jurado, y éste no puede entrar a decidir sino por medio de las cuestiones que se le propongan por el Juez a quo.

Lo dicho es suficiente para decretar la nulidad de que se ha hablado antes, sin que haya lugar, por lo mismo, a considerar las otras causales aducidas por los recurrentes.

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador, y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida el fallo recurrido, y en su lugar, con base en la segunda parte de la causal 2ª del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, declara nulo todo lo actuado en esta causa, desde la fecha en que se recibió en el Juzgado 2º Superior de Santa Marta la nueva lista de Jurados formada por el Tribunal, y de la cual fueron excluidas tres de las personas sorteadas primitivamente, y ordena en consecuencia, su reposición.

Cópiase, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

PARMENIO CÁRDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, treinta de enero de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

En fallo de fecha junio veintitrés de mil novecientos treinta y uno, el Juzgado 1º Superior de Pasto, en desarrollo del veredicto pronunciado por el Jurado de cali-

ficación, condenó a José Ramos a la pena principal de veinte años de presidio por el delito de homicidio (asesinato), cometido en la persona de Juan David, lo que fue confirmado por el Tribunal de ese Distrito Judicial, con fecha julio veintiuno del mismo año.

Contra el fallo del Tribunal interpuso casación el condenado, y como el memorial en que tal cosa se hizo, único que para sustentar el recurso se ha presentado, reúne las condiciones para un estudio de fondo, a él se procede.

Se invocan como causales de casación las consignadas en los numerales 1º y 2º del artículo 3º de la Ley 78 de 1923. En orden lógico, y porque además así lo presenta el recurrente, se estudiará primero la causal 2ª, o sea la de nulidad, que se alega con base en la injusticia notoria del veredicto.

Ni de acuerdo con la Ley 78 de 1923 ni con la 118 de 1931, que la modificó, se reconoce como causal de nulidad la injusticia notoria. Esta última Ley reconoce como nueva causal de casación la siguiente:

“5ª Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido debatida previamente en las instancias.”

De suerte que para estudiar y dilucidar en casación lo relativo a injusticia notoria, es necesario que esa cuestión se haya debatido previamente en las instancias, o sea que la defensa la haya presentado y sostenido en ellas.

Pero se dirá que tal cosa no puede exigirse en este caso, desde luego que cuando se adelantó el proceso ante los Jueces de instancia todavía no estaba vigente la mencionada Ley 118 de 1931, que sólo entró a regir el 1º de enero del presente año; mas es que la antigua tampoco contiene en forma alguna esa causal o vicio de nulidad, consistente en la injusticia notoria del veredicto, sobre lo cual se volverá más adelante.

Por lo que hace a la primera causal invocada, o sea violación de ley penal, el recurrente la hace valer como una consecuencia de la otra, pues dice que siendo el veredicto injusto, se han violado las disposiciones que tuvo en cuenta el Tribunal al confirmar la sentencia condenatoria del Juzgado.

La Corte ha dicho varias veces, al tratar de esta cuestión, de la injusticia notoria, que el legislador la había dejado de la competencia exclusiva del Juez Superior y del Tribunal. Por vía de doctrina, y con el fin de hacer prevalecer un amplio criterio de equidad, admitió esta Sala que la sentencia condenatoria proferida en desarrollo de un veredicto notoriamente injusto, violaba, si no directa, por lo menos indirectamente la ley penal, pudiendo tal sentencia ser atacada por este motivo ante la Corte, pero siempre que tal recurso se hubiera ejercitado previamente por lo menos ante el Tribunal, con el fin de que éste lo tratara y fuera materia de decisión en su fallo, es decir, había exigido la condición de que ahora habla la Ley 118, lo que se consignó en ella a moción de esta Sala.

El motivo de esta condición o exigencia previa es muy claro: los diversos recursos que establece la ley tienen que ejercitarse en el orden natural y sucesivo que ella va indicando, no sólo porque así lo reclama la armonía en el procedimiento, sino porque así se garantiza el mejor acierto en la decisión y fines que persigue la justicia. Así, por ejemplo, no se concibe que se interpon-

ga recurso de casación contra un fallo, sin que previamente se surta la apelación.

Los Jueces de instancia, por razón de sus atribuciones, son los que se encuentran en mejores condiciones para examinar lo pertinente con la injusticia notoria de un veredicto, y es, por lo tanto, necesario que ellos expongan o se les haga exponer los motivos que encuentren, de acuerdo con las constancias procesales, para no hacer esa declaratoria, y mal se puede atacar y combatir en casación lo que no es ni ha sido materia del fallo acusado, que es precisamente lo que acontece en esta ocasión.

Visto lo anterior, sería una contradicción declarar que no se puede tomar lo relativo a la injusticia notoria del veredicto por lo que hace a la afirmación de que Ramos es responsable del homicidio premeditado, y en cambio sí se pudiera respecto a las circunstancias de asesinato.

A pesar de lo expuesto, y ya que se trata de un caso adelantado durante la transición de la antigua legislación de casación a la nueva, y para evitar el comentario de que las fórmulas legales no pueden ahogar el derecho y con éste la justicia, es conveniente estudiar si el veredicto condenatorio va en realidad contra la evidencia, y si, por lo tanto, la condenación carece de fundamento, como se alega.

El auto de proceder sintetiza en la siguiente forma los indicios de responsabilidad acreditados en el informativo:

"Dos meses antes de la muerte de Juan David había éste contraído matrimonio en La Florida con Dioselina Rosero o Burbano, quien había sido durante algún tiempo la querida de José Ramos (alias **Verbena**; por este motivo el último malquería a David, y según el testimonio de Habacuc Pantoja—folio 5—Ramos asechaba a su rival, y en una ocasión lo estuvo esperando por donde debía pasar, armado de un cuchillo. El día lunes, ocho de septiembre, llegó Juan David a la casa de Juan María Criollo, con el fin de llevar algunos viveres a su casa de La Florida; pero habiéndose levantado a la una de la mañana del día nueve de septiembre para coger las bestias y conducir las para la casa, no regresó más, porque fue asesinado.

"Todo el vecindario, desde que se supo la muerte violenta que recibió David, sindicó como autor del delito a José Ramos, pues este individuo tenía malos antecedentes y era enemigo de David por el matrimonio que efectuó con su querida; además, Segundo López—folio 4 vuelto—declaró que en la noche en que se efectuó el crimen vio a José Ramos que bajaba en dirección a la casa en donde éste pernoctaba en compañía de Marco Tulio Pantoja, y que venía como del lugar donde fue hallado el cadáver de David; Marco Tulio Pantoja—folio 5—expresa que no sintió, porque durmió toda la noche, que Ramos se hubiera levantado, y añade que su compañero de dormitorio y aun de cama, no quiso, a pesar de que lo invitó, dormir en la misma cama, conforme habían acostumbrado, la noche del crimen."

Con estos antecedentes y circunstancias, y teniendo en cuenta que el Jurado no está sometido a tarifa legal de pruebas en sus apreciaciones, mal se puede concluir que el veredicto condenatorio peque contra la evidencia, pues los juzgadores de hecho tuvieron suficiente fundamento para llegar a las conclusiones ya conocidas.

Dice el recurrente con respecto al primer indicio:

"Se supone que yo sea el matador de David, en primer lugar, porque se afirma que yo he sido el amante de la esposa. Nada más falso, porque ningún testigo da la razón de su dicho. ¿En qué hecho se fundan los declarantes al respecto para deducir que yo sea el querido de Dioselina Burbano? En ninguno. Todo es conjetura de la gente malevolente."

Con una simple afirmación como la anterior, no se desvirtúa el valor probatorio que, acerca de las relaciones ilícitas que mediaban entre el acusado y la esposa de Juan David, suministran las declaraciones de Juan María Criollo, Peregrina Rosero, Leonidas Fajardo, Jaime Salas y Raquel Ramos, folios 25 a 31. Para darse cuenta de la importancia de esas declaraciones se transcribe lo pertinente de una de ellas, la de Peregrina Rosero:

"Cuando ocurrió el suceso desgraciado de Juan David, la esposa de éste, Dioselina Burbano, se encontraba en el Distrito de La Florida, y vino a este Distrito cuando ocurrió la muerte de su esposo; pues antes de casarse la Burbano con Juan David, ésta tenía relaciones con José Ramos. Esto me consta por cuanto que yo los veía andar juntos; pues después de que se casó Dioselina Burbano con Juan David, éste me refirió de que se había venido disgustado con su esposa, por cuanto José Ramos no era como él, que Ramos le ponía todo lo necesario; además, me dijo que una mujer vecina de La Florida, que no recuerdo el nombre, la había ido a defender, por cuanto David la había pegado, y que Dioselina Burbano también le había pegado, y me mostró una cicatriz en la cara; además, me refirió David que Dioselina Burbano, a él le parecía que había vuelto con José Ramos; pues esto me refirió David un día lunes, y al día siguiente, martes, amaneció muerto; pues el día sábado anterior, David había ido a traer a su esposa a La Florida, pero ésta no había querido venir, fingiendo que estaba enferma; refiriéndome, además, que ese día sábado José Ramos había estado en el punto de El Yumbo, con un cuchillo, esperándolo; habiéndome contado esto Habacuc Pantoja, quien lo había hecho regresar a La Florida a Juan David. Don Leonidas Fajardo, además, me refirió de que una mujer, Antonia Ordóñez, vecina de La Florida, le había contado que a José Ramos lo había visto en casa de Dioselina Burbano, en un cucho; diciéndome, además, Fajardo, que ante el señor Alcalde de La Florida iba a denunciar a Dioselina Burbano, por cuanto la Burbano estaba en relaciones con José Ramos, y que éstos tenían la culpa para la muerte de Juan David, lo que iba a hacer cuando entrara un Alcalde nuevo. Además, David (Ramos) (sic) siempre me refería que tenía miedo de Ramos, pero que si Ramos no le hacía nada en la primera cortada, él sí se defendía y lo aseguraba, puesto que también tenía su navaja. Aclaró que cuando José Ramos tenía relaciones con Dioselina Burbano, éstos vivían juntos, en una casa de Jacinto Pantoja, y luego, después de tres meses de esto, se casó con José (sic) David."

Segundo López declara:

"Como a la media noche del día lunes, ocho de los corrientes, me levanté con el fin de pastar unos animales, y observé que bajaba del lugar en donde apareció el cadáver, extraviando camino, José Ramos (alias **Verbena**), en pasos ligeros, puesto el gorro que se me pone de presente y ruana, bajaba con dirección a una casita de

propiedad de Jacinto Pantoja, donde se fue a dormir en compañía de Marco Tulio Pantoja, me volvió a ver porque le latió un perro que llevé como compañero, de propiedad de Pantoja, cuyo perro lo reconoció y dejó de latir, porque José Ramos es sirviente de Pantoja y vive en la casa de éste; después de que regresé al trapiche, y transcurridas cuatro horas, fue José Ramos con Marco Tulio Pantoja a seguir su trabajo de tirador de caña en la mollienda que efectúa Jacinto Pantoja, regresó todavía con el gorro que se me pone de presente, el que se sacó después de un rato, y se puso el sombrero con que lo encontraron los policías que lo capturaron."

Contra este testimonio, que es de la mayor significación, el recurrente advierte que es falso; en esta forma tan sencilla no se pueden desechar testigos.

Se dice, continúa el recurrente, "que el gorro que yo llevaba en la cabeza por ese entonces estaba salpicado de sangre. Nada más falso; pues los mismos peritos no saben definir de qué sean (folio 10 vuelto), y ya lo tengo dicho y explicado que son de leche de plátano."

En el auto de proceder no se menciona este hecho como indicio, sin embargo, si aparece que el acusado^o llevaba en la noche del suceso un gorro en la cabeza, al cual encontraron las personas que lo reconocieron, unas manchas, que podían ser de sangre, y no hicieron una afirmación categórica, porque para tal cosa habrían necesitado verificar los respectivos análisis químicos.

"¿Quién dice—agrega el condenado—que yo fui quien hirió o maltrató gravemente a Juan David? Nadie."

Cierto es que no hubo testigo presencial, pero no es esa la única prueba que reconoce la ley; las circunstancias indiciales también son prueba, y a veces son de la mayor importancia, porque carecen de las tachas que ofrece el testimonio humano.

"Pero donde más resalta la injusticia—continúa el recurrente—es en la calificación del delito. No sólo se avanzó a afirmar que se trataba de un homicidio premeditado sino de todo un asesinato."

No hay término medio: o Ramos es inocente del hecho por que fue condenado, o lo ejecutó en las circunstancias reconocidas por el Jurado. La primera hipótesis se rechaza, en virtud de las demostraciones ya estudiadas; esas demostraciones, entre las cuales figuran las relaciones ilícitas de que atrás se ha hecho mención, ponen de presente el móvil, o sea la intención de acabar con la vida de David; obstáculo para la tranquilidad y conservación permanente del trato carnal de Ramos con la esposa de David; móvil o intención que exigió necesariamente tiempo considerable y preparación para su desarrollo completo y para su ejecución, la cual tuvo los caracteres de asesinato, declarados en el veredicto, porque si el ataque había sido meditado, era lo natural que se hiciera con sorpresa y alevosía. Las numerosas heridas que se le encontraron al cadáver dan cuenta de la calidad y gravedad del ataque.

Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto que el veredicto, tal como fue pronunciado, no va contra la evidencia.

En virtud de lo expuesto, esta Sala de Casación, en lo Criminal, de la Corte Suprema, en desacuerdo en parte con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la

ley, declara que no es el caso de infirmar, y por lo tanto, no infirma la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, febrero tres de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado convocado y reunido en legal forma para decidir acerca de la responsabilidad del encausado Luis Amado por el delito de homicidio en la persona de Domingo Ranjel, le fue sometido por el Juez del conocimiento, 1º Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, la siguiente cuestión única:

"¿El procesado Luis Amado, natural de Onzaga, es responsable de haberle dado muerte, con intención y voluntariamente, a Domingo Ranjel, a consecuencia de un disparo de revólver, hecho que tuvo lugar como a las tres de la tarde del día cuatro de noviembre de mil novecientos veintinueve, en la calle real de la población de Arauquita?"

El Jurado contestó por unanimidad de manera simplemente afirmativa.

Sobre la base de ese veredicto, el Juzgado dictó sentencia con fecha doce de junio del año próximo pasado, por medio de la cual, considerando el homicidio como voluntario, previa calificación de la delincuencia en el menor grado y con aplicación del artículo 600 del Código Penal, condenó al encausado a la pena principal de seis años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Apelado el fallo para ante el Tribunal respectivo, éste lo confirmó con fecha ocho de agosto postrero, adicionándolo simplemente en el sentido de condenar también al procesado a perder en favor del Estado el arma con que ejecutó el delito.

Contra tal fallo interpuso el sentenciado recurso de casación, el cual le fue concedido, y remitidos los autos a esta Superioridad para efectos de resolverlo.

Surtida en este Despacho la tramitación propia del recurso, se procede a dictar la sentencia del caso, previa la observación de que si bien es verdad que durante el traslado concedido al recurrente en esta Sala no presentó alegación ninguna, sin embargo, el escrito en que interpuso el recurso, presta algún mérito para estudiarlo en el fondo.

Aduce el recurrente la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, por estimar, dice, la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta, o por haberse aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar. Al respecto dice:

"En el caso que contempla la expresada sentencia, no mencionó el Jurado en su veredicto que el acusado cometiera el hecho después de una ofensa, agresión o injuria grave, ni en riña promovida por el muerto, ni en el momento de recibir violencias materiales, pero ello no le impide al juzgador tener en cuenta las circuns-

tancias que según las pruebas anteceden (sic), concurrieron a la comisión del delito, para clasificarlo aun dentro de la esfera de homicidio simplemente voluntario, en que se encuentra catalogado, en alguno de los casos menos graves que contempla el artículo 587 del Código Penal.

"El Tribunal interpretó erradamente el artículo 600 del Código Penal, error que consiste en haber prescindido de la última parte de este artículo, y en dejar de buscar en las disposiciones la que correspondiera al caso de autos. Así, se prescindió de la última parte del artículo citado, que manda al juzgador imponer al reo de homicidio simplemente voluntario, cometido en determinadas circunstancias, no la pena de seis a doce años de presidio, sino la indicada para los casos previstos como menos graves en disposiciones especiales.

"Creyó el sentenciador que por el hecho de no agregar el Jurado en su veredicto afirmativo ninguna circunstancia que colocara el delito en condiciones especiales, sólo correspondía imponer al reo la penalidad indicada en el artículo 600 del Código Penal, con lo cual incurrió en indebida aplicación de la ley penal, al no hacer uso de la facultad que otorga el artículo 602, entrando en el análisis detenido del proceso para poder aprovechar debidamente esa facultad."

Alrededor de lo transcrito hace el recurrente algunas apreciaciones encaminadas a expresar el hecho de que, conforme a su confesión, corroborada por las declaraciones de los testigos Luis F. Vageón y Julio Rojas, él fue agredido violenta y gravemente por Ranjel, quien estaba armado de un cuchillo, y pronunció palabras injuriosas, y que en esas circunstancias fue como él se vio en el caso de dispararle con su revólver. En consecuencia, pide que se dé aplicación al artículo 602 del Código Penal, en relación con el 587 *ibidem*.

Para resolver, se considera:

En múltiples ocasiones ha dicho la Sala que para la aplicación del inciso 1º del artículo 602 del Código Penal, es preciso que el veredicto del Jurado dé margen para ello. En el presente caso, según se ha visto, la respuesta de los Jueces de conciencia fue meramente afirmativa, sin agregación ni modificación ninguna, y en tales circunstancias claro está que no era en manera alguna posible la aplicación del inciso en referencia, que contempla un caso de atenuación especial.

Cuanto al inciso 2º del precitado artículo, si bien es verdad que para su aplicación no es menester que el veredicto del Jurado contenga los elementos para tal aplicación, no es menos cierto que el Juez, para poder aplicarlo, si necesita tener base suficiente para ello en el informativo, pues no puede proceder arbitrariamente.

En el caso de que se trata, los juzgadores de instancia no encontraron esa base en las constancias del expediente, y por eso se limitaron a la simple aplicación del artículo 600, sin atenuación alguna.

Empero, el recurrente sostiene que dos de los declarantes, testigos presenciales, corroboran la afirmación hecha en su indagatoria, de que se vio atacado por Ranjel, de quien hubo de defenderse, disparándole varios tiros de revólver. Para que se vea qué cosa muy distinta dicen los testigos en cuestión, se transcriben en seguida sus declaraciones.

Julio Rojas dice:

"En ese día, en las horas de la mañana, se reunieron varios individuos en el estanco a tomar aguardiente,

entre los cuales se hallaba Luis Amado, quien se había tomado unos tres o cuatro tragos en compañía de ellos, y los otros señores, en los cuales noté en varios de ellos que habían estado bebiendo continuamente, y por cuyo motivo estaban perdiendo el sentido, me negué a seguir vendiendo; rato después de haberse salido los señores en referencia para la calle, llegó Luis Amado a que le vendiera un trago, pero como se hallaban varios de los señores a quienes me había negado a venderles, en la calle, y que ellos verían que a Amado sí le vendía, no me pareció prudente venderle, y más bien lo amonesté a que no se pusiera a beber hasta emborracharse, a lo cual accedió con gusto y en forma voluntaria, saliendo con dirección a su casa; como al cuarto de hora llegó Domingo Ranjel perfectamente borracho a que le vendiera aguardiente, a lo cual me negué rotundamente, y para salirme del pereque, resolví irme a mi casa a tomar café, e insté a Ranjel a que saliera del estanco, lo cual no me costó mucho trabajo, dado el estado de su rasquera, y le di un pedazo de panela para que se lo comiera, creyendo que así se le disiparía (sic) un poco la rasca, el cual quedó comiéndoselo en la calle, recostado a la pared; rato después de haber yo tomado café en mi casa de familia, regresé en dirección al estanco, pero yendo frente a la Casa Municipal me di cuenta de que Ranjel iba nuevamente en dirección al estanco, y resolví, mientras él se retiraba de por ahí, sentarme en el escaño que hay frente a la Casa Municipal, en compañía del señor Antonio Maldonado, en donde se nos reunió a pocos minutos el señor Luis Vageón, con quien estábamos conversando, y que a pocos instantes el señor Antonio Maldonado nos hizo notar que Ranjel tenía un cuchillo en la mano, y Amado se hallaba a muy corta distancia de Ranjel, para el cuchillo, y que Luis Amado, por los movimientos que le vi, intentaba quitárselo, pero Ranjel rehuía la mano con que tenía agarrado el cuchillo, para atrás, y no creo que éste hubiera tenido intención de herir a Amado, pues Amado se hallaba a muy corta distancia de Ranjel, para que Ranjel, al haberlo querido herir, lo ha podido, dado su estado de embriaguez, lo habría podido hacer fácilmente; viendo que no estaba por ahí presente ni el señor Alcalde ni el policía, y presintiendo que pudiera ocurrir algo, salí en busca del señor Alcalde, para abajo, y a poco de haber andado, o sea yendo frente a la casa de Petra Rodeles, oí un disparo, me paré y volví a ver para arriba, y vi a Ranjel que venía bajando del pretil de frente a la puerta del estanco, cuando le hizo otro disparo Amado; Ranjel trató de enredarse en el escaño que hay junto a la puerta, y así siguió dando varios pasos apoyado en el escaño, lo cual, al faltarle dicho apoyo, perdió el equilibrio, dando dos pasos vacilantes y cayendo de rodillas, a lo cual Amado, que se hallaba a unos veinte pasos de distancia, se retiró más, como unos tres o cuatro pasos, y le apuntó con todo el cuidado del caso, así como si estuviera haciéndole puntería a un blanco que no fuera el de un cuerpo humano, a cuyo disparo cayó Ranjel boca abajo; seguido de esto, siguió Luis Amado en compañía de Soriano y Ramón Martínez; el señor Alcalde, quien se le adelantó a intimarle prisión, creo, según los movimientos, le tendió el revólver Amado al señor Alcalde en actitud amenazante, así fue prendido Amado, y lo ayudamos a conducir a la cárcel."

Luis F. Vageón, también testigo presencial, dice:

"El lunes, cuatro del presente, siendo las tres de la tarde, salí de mi casa y me dirigí hacia la Alcaldía, en cuyo escaño encontré sentados a los señores Antonio

Maldonado y Julio Rojas; en eso me llamó la atención un grupo compuesto de los señores Luis Amado y Domingo Ranjel, que estaban frente al estanco y parecía litigaban. Ranjel se tambaleaba, y pude notar que estaba muy ébrio, tenía un cuchillo en la mano, y Luis Amado hacía ademán como de quitárselo, a lo cual Ranjel huía la mano para atrás, como para no dejárselo quitar. En ese momento se separó Amado de Ranjel, y dándole siempre el frente, retrocedió hasta llegar a la otra acera, quedando Ranjel parado junto a la acera del estanco; creí que Amado se retiraba y prescindía de hacerle caso al otro, que estaba en estado de completa embriaguez; cuando vi a Amado sacar el revólver y dispararle a Ranjel; inmediatamente le apuntó nuevamente, y disparó por segunda vez, en ese momento Ranjel, que estaba parado a dos pasos del escaño, frente al estanco, se le cayó el sombrero al suelo, y al agacharse a cogerlo, cayó de rodillas, haciéndole Amado el tercer disparo, después de haber retrocedido todavía más de para abajo, encontrándose a una distancia no menor de diez varas de donde estaba Ranjel, quien cayó boca abajo; entonces se le acercó algo Amado, y le hizo el último disparo, y siguió calle arriba con el revólver en la mano, hasta que se encontró en la esquina con el señor Alcalde, a quien también amenazó con revólver, a pesar de lo cual, siempre lo aprehendió y lo redujo a prisión. Hago constar que antes de los disparos Ranjel no hizo ademán de tirarle a Amado con el cuchillo; en cambio, Amado le disparó con la mayor sangre fría, como si estuviese tirando a un blanco. Nosotros al primer disparo acudimos, pero dada la distancia a que nos encontrábamos, de dos cuerdas, no pudimos llegar a tiempo para impedir el hecho. Es cuanto presencié y puedo declarar."

De suerte, pues, que lo que expresa el recurrente, de que debió aplicarse el artículo 602—el segundo inciso, se entiende—en lugar del 600, por haber cometido el homicidio en el acto de recibir ofensas graves y hallarse en peligro a virtud de la agresión armada por parte de Ranjel, no tiene fundamento en autos, como se desprende de las declaraciones transcritas, rendidas por los testigos, que el propio recurrente aduce en su favor. Cosa muy distinta de lo que afirma el recurrente, es lo que dicen tales testigos y los demás que deponen en el informativo. Y siendo esto así, y no estando en ninguna manera comprobada en el proceso la modificación que le introdujo a su confesión, es indudable que la respuesta, netamente afirmativa del Jurado, tiene amplia justificación de autos, y que de acuerdo con ella y con las constancias del proceso, obraron de acuerdo con la ley los juzgadores de instancia, al aplicar el artículo 600 en la forma en que lo hicieron, pues lejos de ser de los casos atenuados, aparece clarísimo ser de los más graves, por el modo como se ejecutó el hecho.

No es, pues, el caso de infirmar el fallo recurrido.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia que ha sido objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintiséis de febrero de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

El Juez 1º Superior de Bucaramanga, en sentencia de fecha de agosto primero del año próximo pasado, en desarrollo del veredicto pronunciado por el respectivo Jurado de calificación, y después de calificar la responsabilidad en el tercer grado, condenó al acusado Justo Villamizar a la pena principal de seis años de presidio como responsable de homicidio simplemente voluntario, cometido en la persona de Gregorio Castro, lo que fue reformado por el Tribunal de ese Distrito Judicial, en el sentido de calificar la responsabilidad en el segundo grado, e imponiéndole, por tanto, al acusado, la pena de nueve años de presidio.

Contra este último fallo interpuso casación el condenado, alegando como causales la primera y segunda de las consignadas en el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, y como durante el traslado concedido en la Corte se presentó alegato para sustentarlo, es el caso de entrar en el estudio de fondo.

En orden lógico se estudiará primero la causal segunda, o sea la nulidad, pues si estuviese comprobada, como si lo está, el examen de la primera resulta innecesario. Se advierte que el recurrente, al sostener la primera causal, se refiere a puntos de vista que corresponden estrictamente a la segunda, y en la cual, en realidad, vuelve a presentarlos.

Con fundamento en el artículo 26 de la Constitución, sostiene que no se ha observado la plenitud de las formas propias del juicio, pues siendo el acusado menor de edad, no se han llevado a cabo las notificaciones en presencia de su curador defensor, como lo dispone el artículo 1620 del Código Judicial.

Al examinar el proceso no se observa que se hubiera llevado a cabo notificación alguna al menor procesado, sin la presencia de su curador, pues si bien es cierto que no aparece la firma del primitivo curador, doctor Francisco Puyana M., en la notificación del auto, de fecha veintisiete de octubre de mil novecientos treinta, tal cosa provino, como lo informa el Secretario del Juzgado, de que el mencionado curador se negó a firmar. Mas habiendo sido reemplazado por el nuevo que nombró el mismo procesado, o sea el doctor Carlos V. Rey, a éste se le vino a notificar aquel auto con todas las formalidades, de suerte que cualquiera irregularidad que desde un principio se hubiera cometido, quedó subsanada.

Por otro aspecto sostiene el recurrente la nulidad en el procedimiento, la cual hace consistir en que, si bien se notificó el auto de apertura de pruebas, no se practicaron las pruebas pedidas en desarrollo de ese auto, por lo menos oportunamente y en la forma solicitada, lo cual equivale a una negativa.

Sobre el particular sucedió lo siguiente: el defensor solicitó el testimonio de algunos declarantes que se encontraban a más de tres leguas de distancia del lugar donde funcionaba el Juez de la causa, y por tal motivo solicitó, de acuerdo con el artículo 1689 del Código Judicial, que el Juzgado fijara la cantidad de dinero necesaria que debía depositar para garantizar el pago de los gastos de traslación de los testigos. Tanto el Juez como el Tribunal se obstinaron, sin suficiente fundamento y con mucho formulismo, en sostener que para decretar la

comparecencia de tales testigos, era necesario que previamente se estipulara entre ellos y el peticionario la respectiva indemnización.

Si esta condición se exigiera, en la práctica sería imposible efectuar esa clase de pruebas, porque no es fácil obtener previo acuerdo, y porque no se podría conseguir la declaración de un determinado testigo que pidiera una suma excesiva por la traslación.

Lo acertado ha sido que el Juez obligue al peticionario a depositar una suma prudencial en la Secretaría. De ahí que haya sido práctica uniforme en Tribunales, como el de Bogotá, la siguiente, de la cual se apartó, sin fundamento alguno, el Tribunal de Bucaramanga, alegando razones perfectamente inadmisibles. Dice así tal doctrina:

"En caso de que se soliciten declaraciones de testigos ausentes cuando el interesado quiere que se rindan ante el Juez de la causa, para que éste pueda decretar la comparecencia de tales testigos, no es preciso que exija como formalidad previa el comprobante de la estipulación de gastos celebrado entre los testigos cuya comparecencia se solicita y la parte interesada en la prueba.

"1. Pues los términos en que está concebida la parte final del artículo 1689 del Código Judicial, que es idéntico al 621 del propio Código, dejan comprender que esa estipulación es posterior a la providencia judicial, que genera los derechos que son materia del arreglo.

"2. Además, según la definición de la palabra **indemnizar**, contenida en dichos artículos (reparar o compensar daños recibidos, resarcir los perjuicios causados), la obligación para la parte que solicita la prueba, nace la ejecución del hecho que pretende, esto es, de la verida de los testigos al lugar del juicio por disposición del Juez; pues que de esa traslación es de la que los testigos pueden recibir perjuicios.

"3. En fin, en el interés de la parte que pide la prueba está la práctica de ella, por lo cual es presumible que no ahorre medio que conduzca a la realización de sus designios, y es indudable que el primero de esos medios es el de proporcionarles a los testigos lo que necesitan para la traslación. Si así no sucediere, la prueba no tendrá lugar, y en tal caso sólo la parte misma recibirá el perjuicio. (**Jurisprudencia de los Tribunales**, tomo II, número 5306)."

A pesar de lo anotado, tal circunstancia no alcanza a tener el carácter de nulidad, pues no puede decirse que con ella se menoscabaran los derechos de la defensa y la plenitud de las formas propias del juicio, porque si bien los testigos no comparecieron ante el Juez de la causa, como quería el defensor, siempre fueron interrogados, y rindieron sus exposiciones ante el funcionario comisionado.

Presenta el recurrente otro motivo de nulidad en la siguiente forma:

"Pero es más: al folio 44 del expediente aparece una diligencia del sorteo parcial de Jurados, diligencia a la cual no se me permitió ir a mí, no obstante hallarme preso, y a pesar de haberseme notificado la práctica de tal diligencia."

Sobre este punto ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia de septiembre 15 de 1927:

"El artículo 21 de la Ley 153 de 1887 no exigía la notificación y citación previas para practicar esa clase de

sorteos; pero el artículo 30 de la Ley 1ª de 1923 dice que el sorteo parcial que haya de hacerse para reemplazar a cualquiera de los Jurados ya sorteados, en los casos previstos en la Ley, se verificará siempre con citación de las partes, y que la 'no concurrencia de éstas no impedirá llevar a cabo el nuevo sorteo, debiendo dejar en el acta las constancias correspondientes'; pero si esa no concurrencia no depende de la parte notificada sino del Juzgado, como sucede cuando el procesado se halla detenido, la diligencia practicada sin la asistencia de esa parte no puede considerarse legal.

"Notificar a una persona para la práctica de una diligencia, e impedirle que concurra a ella, como prácticamente se hizo en el presente caso, es anular los efectos de la notificación, lo que, como lo ha dicho esta Sala en reciente casación, equivale a no haberse hecho tal notificación.

"Como el razonamiento anterior es tan claro, y como mi caso de no concurrencia al sorteo parcial tiene semejanza absoluta con el contemplado en la sentencia que cito y transcribo ahora, me abstengo de dar mayor fundamento a la causal alegada, y pido que se infirme la sentencia para que en su lugar se declare nula la causa desde esa diligencia en adelante."

Se considera:

De autos aparece que habiéndose ordenado en auto de fecha junio veinticinco del año próximo pasado, reemplazar al Jurado sorteado doctor Eduardo Rueda Rueda, y habiéndose notificado a las partes ese auto, inclusive al menor procesado que se encontraba y se encuentra preso, sin embargo, la diligencia de sorteo se llevó a cabo sin la asistencia de éste, ni de su defensor curador.

Esta Sala, no solamente en el fallo que cita el recurrente, sino en otros varios, ha sostenido la tesis de que, encontrándose el procesado detenido o preso, la notificación que se le haga de un auto, sea para el sorteo general de Jurados, sea para uno de carácter parcial de reemplazo, sin que se le lleve al Juzgado a tomar parte en la diligencia respectiva, equivale a no habersele notificado, incurriéndose así en la nulidad de procedimiento, que establece el numeral 1º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887.

Los fundamentos de esta doctrina están claramente expuestos en el fallo de fecha diez y ocho de mayo de mil novecientos veintisiete, pronunciado en la casación de Abraham Valencia y Eleuterio Vergara, publicado en la **Gaceta Judicial** números 1761-62, del 3 de febrero de 1928 y página 117, del cual se transcribe lo pertinente:

"Según aparece del proceso, los enjuiciados fueron notificados del auto en que se señaló fecha para la diligencia, y como estaban presos, es natural concluir que el Juez, como lo sostienen los recurrentes, se abstuvo de ordenar la llevada al Juzgado de ellos con el fin de que concurrieran al sorteo. Tampoco aparece en el expediente ninguna explicación que pudiera justificar por parte del Juzgado esa omisión."

Es cierto que el mencionado sorteo de Jurados se llevó a cabo con intervención de los defensores, quienes hicieron uso del derecho de recusación.

Pero se pregunta: ¿la sola notificación que se hizo a los enjuiciados, sin permitirles su comparecencia, para que hubieran podido recusar personalmente, basta para

descartar la existencia de la nulidad consignada en el numeral 1º del artículo 265, que se transcribió anteriormente?

La contestación negativa se impone: el objeto de la notificación del auto en que se señala fecha para sorteo de Jurados, es el de que las partes puedan concurrir a él y recusar libremente, o hacer dentro de la respectiva diligencia las observaciones que consideren necesarias. De tal suerte que el solo hecho material de la notificación no es suficiente, si, por otra parte, se impide a los notificados el derecho de presenciar, concurrir o tomar parte en las diligencias para cuya verificación fueron notificados.

Notificar a un preso, como se hizo en el presente caso, el auto de fijación para el sorteo de Jurados, y no llevarlo de la cárcel al Juzgado a tomar parte en ese sorteo, equivale a privarlo del derecho que todo procesado tiene de concurrir a él; es tanto como si el enjuiciado, que está excarcelado o en libertad, después de ser notificado de ese auto, se le cerraran las puertas del Juzgado, impidiéndole la entrada a presenciar la diligencia para la cual se le había citado.

El artículo 276 de la Ley 57 de 1887, en su última parte, dice:

"Si alguno de los procesados no compareciere al sorteo, podrá representarlo, para el efecto de recusar, su respectivo defensor."

Esa representación sólo tiene lugar cuando los procesados dejan de comparecer voluntariamente, mas no cuando, debiendo estar presentes, y en ese caso se encuentran los presos enjuiciados, sin embargo, no se les lleva al Juzgado, lo que equivale, como ya se dijo, a impedirles su concurrencia.

De preferencia quiere la ley que sean los mismos acusados quienes personalmente tomen parte en la elección de sus juzgadores de hecho, recusando libremente y por motivos que ellos están en la mejor capacidad de apreciar en determinados casos.

De lo expuesto se concluye que, aun cuando los defensores concurrieron a la mencionada diligencia, y en ella recusaron, esto último lo llevaron a cabo sin la debida representación; y también se concluye que aun cuando a los procesados se les notificó el referido auto, prácticamente se hicieron nugatorios los efectos de esa notificación, que consiste no solamente en llevarla a cabo de un modo material, sino en facilitar los medios de aprovecharse de ella.

Lo cual quiere decir que se ha incurrido en la mencionada causal de nulidad que contempla el numeral 1º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, nulidad alegada por los recurrentes, y que se encuentra perfectamente justificada.

La diligencia de sorteo de Jurados, sea general o parcial, debe llevarse a cabo con la mayor nitidez y claridad, por la importancia que ella tiene, como que se trata de formar el Jurado que ha de decidir sobre la suerte del acusado. En el presente caso, concurre la circunstancia agravante, fuera de no haberse llevado al preso a la diligencia, de que su curador defensor tampoco concurrió a ella.

Lo expuesto es suficiente para concluir, como se concluye, que el juicio adolece de la nulidad apuntada.

En mérito de las consideraciones anteriores, esta Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor

Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida el fallo recurrido, y en su lugar declara nulo lo actuado a partir de la diligencia de fecha veintisiete de junio del año próximo pasado, en que se llevó a cabo el sorteo parcial de que allí se habla, folio 44 del cuaderno 1º, sin la asistencia del menor acusado, quien se encontraba preso, y sin que conste que estuviese imposibilitado para concurrir.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, febrero veintiséis de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado reunido para decidir sobre la responsabilidad de José o José María Gutiérrez (alias Mara), por el delito de homicidio en la persona de Miguel Angel Muñoz, le propuso el Juez del conocimiento, 2º Superior de Manizales, el siguiente cuestionario:

"¿El acusado José o José María Gutiérrez (alias Mara) es responsable del hecho de haber dado muerte a Miguel Muñoz por medio de una herida causada con arma punzante y cortante (puñal), lo que ocurrió el día dos de febrero del año de mil novecientos treinta, en el barrio de Vélez, de esta ciudad de Manizales?"

El Jurado contestó por unanimidad:

"Sí, pero por provocación, injuria y ultraje a la mujer que lo acompañaba."

Sobre este veredicto, el Juzgado dictó su sentencia, de fecha seis de mayo del año pasado, en la cual condenó al procesado, calificada su delincuencia en el segundo grado y con aplicación de las disposiciones legales que estimó pertinentes, a la pena principal de cuatro años, seis meses de reclusión y a las correspondientes incorporales accesorias, previa la interpretación que le dio al veredicto, de que en la forma en que se emitió, atenúa la responsabilidad del acusado, siéndole aplicable el numeral 1º del artículo 587 del Código Penal, en armonía con el inciso 2º del artículo 602 del citado Código.

Apelada la sentencia para ante el Tribunal respectivo, éste la reformó con fecha veinte de agosto último, en el sentido de aplicar el artículo 600 del Código Penal, de acuerdo con la interpretación que le dio al veredicto de los Jueces de conciencia, y condenando de esta suerte al encausado a la pena de nueve años de presidio. En lo restante la confirmó.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el defensor del sentenciado, el que le fue concedido, y remitidos, en consecuencia, los autos a esta Sala.

Surtida la tramitación legal del caso en este Despacho, se procede a resolver el recurso, teniéndose en cuenta que el recurrente no presentó alegación ninguna en el traslado que aquí se le concedió, por lo cual sólo habrá de tenerse en consideración el muy deficiente memorial que dirigió al Tribunal para interponer la casación. Al

propio tiempo se considerarán los fundamentos aducidos acerca de ésta por el señor Procurador.

El escrito en que el recurrente cree sustentar el recurso es éste:

"Arcesio Londoño Palacio, hablando en mi calidad de defensor de oficio del homicida José María Gutiérrez, en la causa que se le adelanta por la muerte de Miguel Ángel Muñoz, por medio del presente memorial manifiesto a usted con todo respeto, que interpongo recurso de casación contra la sentencia de fecha veinte de agosto de mil novecientos treinta y uno, emanada de ese honorable Tribunal.

"Para fundamentar el recurso solicito que se declare por la Corte Suprema de Justicia, que en la sentencia antes mencionada se ha incurrido en las causales primera y tercera, de que trata el artículo 3° de la Ley 78 de 1923.

"En efecto: al contestar el Jurado popular el cuestionario formulado por el señor Juez 2° Superior de Manizales, diciendo: **'Sí, pero por provocación, injuria o ultraje a la mujer que lo acompañaba,'** el caso de José María Gutiérrez está contemplado, y ha debido ser penado de conformidad con el numeral 1° del artículo 587 del Código Penal, en armonía con el inciso 2° del artículo 602 del mismo Código.

"Considero que al interpretar el Tribunal Superior de Manizales el veredicto del Jurado que conoció del homicidio de mi defendido, para dar aplicación al artículo 600 del Código Penal, aplicó una disposición distinta de la que correspondía aplicar, y dictó la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, siendo, por tanto, el caso de remediar el mal involuntario causado por medio de la casación de la sentencia.

"Si prospera la tesis de que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, al revisar por apelación o por consulta las causas provenientes de los Juzgados Superiores, pueden interpretar los veredictos, haciendo nugatorias las modificaciones que para aminorar la responsabilidad del reo declaran los Jurados de hecho, llegaríamos al absurdo de que la libertad que la ley concede a los Jurados y el amplio radio de acción que les otorga para dictar sus veredictos, son un mito, ya que por un procedimiento interpretativo erróneo se puede descartar y considerar como no escrito el concepto modificativo que tiende a mejorar la condición del reo.

"Solicito que la Corte Suprema de Justicia declare que José María Gutiérrez, al dar muerte a Miguel Ángel Muñoz, violó el numeral 1° del artículo 587 del Código Penal, en armonía con el inciso 2° del artículo 602 del mismo Código, y que, por tanto, se reforme la sentencia de fecha veinte de agosto de mil novecientos treinta y uno."

Como se ve, el recurrente apenas afirma, sin demostración alguna, que de acuerdo con el veredicto del Jurado, se ha debido aplicar a su defendido el inciso 2° del artículo 602 del Código Penal en relación con el numeral 1° del artículo 587 de la misma obra. Tratándose de este segundo inciso, ya ha dicho repetidas veces la Corte que para poder aplicarlo es menester que existan en el informativo pruebas suficientes que lo respalden, pues éi no puede ser aplicado arbitrariamente por el juzgador. Y si en casación se aduce la causal de violación de la ley sustantiva para que se aplique, como en el caso presente, la penalidad que contempla el inciso en refe-

rencia, en lugar de la del artículo 600, como se ha hecho, para poder estudiar a fondo el recurso, es preciso que el recurrente demuestre con las pruebas de autos que se está en el caso por él invocado, porque no siempre que un veredicto se da en determinada forma, se impone la aplicación del inciso citado, ya que hay ocasiones, como la que aquí se contempla, que la aplicación legal y corriente, de acuerdo con las constancias de autos, es la del artículo 600. No está por demás, a este respecto, transcribir lo que dice el Tribunal como fundamento de lo resuelto en su fallo, en relación con este punto. Tal entidad se expresa así:

"Dadas las circunstancias de haberse cometido el delito habiendo mediado algún intervalo entre la ofensa que recibió la mujer que acompañaba al agresor y el momento en que éste hirió a su víctima; no haber aceptado éste la riña que el agresor le provocaba, y el haber sido herido el occiso por la espalda cuando ya pretendía huir de su agresor—hechos que constan en el expediente—no podrá considerarse este delito como de los **menos graves**, de que habla el inciso 2° del artículo 602 del Código de las penas, para el efecto de conceder al sindicado la gracia allí señalada."

Por su parte, el señor Procurador, basado en las atribuciones que le concede la Ley 118 de 1931, estima lo siguiente, respecto de este negocio, refiriéndose al cuestionario que se le formuló al Jurado:

"A este veredicto, dice, se le ha hecho el grave reparo de que la pregunta hecha por el Juez no habla de la voluntariedad con que Gutiérrez ejecutó el hecho, circunstancia que es esencial en la comisión de todo delito, de acuerdo con la definición que de toda infracción punible da el artículo 1° del Código de las penas.

"Ese reparo, que es sustancial, lo funda el señor Fiscal del Tribunal Superior de Manizales, en algunas decisiones judiciales, principalmente en una sentencia de esa honorable Corte, proferida el veintiocho de marzo de mil novecientos veintiocho, y que corre publicada en la **Gaceta Judicial** número 1823 de 1930.

"El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, aunque encontró deficiente el cuestionario sometido al Jurado por el señor Juez 2° Superior, porque se omitió incluir en él la circunstancia esencial de la voluntariedad o intención criminosa con que hubiera obrado el reo en la ejecución de los hechos, estimó que esa circunstancia había quedado implícitamente resuelta en el veredicto, cuando el Jurado contestó que el acusado Gutiérrez era responsable del hecho de haber dado muerte a Miguel Ángel Muñoz, pero por provocación, injuria y ultraje a la mujer que lo acompañaba, lo que, según el Tribunal, es tanto como decir que cometió un homicidio simplemente voluntario.

"La Procuraduría no comparte este modo de razonar, por los siguientes motivos:

"1° Porque en la comisión del delito de homicidio, la responsabilidad del procesado, afirmada por el Jurado, no implica necesariamente la voluntariedad o la intención con que haya procedido el agente, toda vez que existen homicidios punibles, en que el homicida ha procedido sin esa voluntad o esa intención de dar muerte, como son los homicidios involuntarios que define el artículo 590 del Código Penal y castigan los artículos 610 y 614 de la misma obra.

"2° Porque la intención de matar es elemento esencial en la perpetración del homicidio voluntario y pre-

meditado, y, por lo tanto, esa intención debe quedar expresamente consignada en la pregunta que el Juez formula a los Jurados.

"3° Porque el veredicto debe ser claro a ese respecto y no quedar sujeto a interpretaciones que puedan desvirtuar y aun hacer ilusorias las responsabilidades de los ejecutores del delito.

"Si estos principios son exactos, hay que reconocer, como lo reconoce el Tribunal sentenciador, que el veredicto del Jurado que declaró la responsabilidad de Gutiérrez, es deficiente, porque la pregunta que le formuló el señor Juez no comprende el elemento de la intención o voluntad con que el reo haya procedido en la ejecución del homicidio.

"En esas circunstancias, cree esta Procuraduría que se está en el caso de la causal 2ª de casación, establecida por el artículo 3° de la Ley 118 de 1931, y que la Corte debe invalidar el fallo recurrido y devolver el expediente para que se reponga el procedimiento, el cual debe declararse nulo desde el fallo del Jurado, inclusive, en adelante."

En relación con lo anterior deben observarse, ante todo, dos cosas: primera, que en caso de constituir motivo para casar la sentencia, lo apuntado por el señor Procurador, no se ve la razón para que ello encajara en la causal 2ª del artículo 3° de la Ley 118 del año pasado; pues no encuentra la Sala que una omisión de tal clase entrañe nulidad sustancial, según la ley, o al menos, tal cosa no se demuestra; y segunda, que el fallo de esta Corte, a que se alude, de fecha veintiocho de marzo de mil novecientos veintiocho, publicado en el número 1810 de la *Gaceta Judicial*, no sirve de base para sustentar el recurso por el lado enunciado, porque ese fallo no afirmó como concepto propio la necesidad de incluir el preciso término "voluntario" o "intencional," en los cuestionarios sobre homicidio, sino que simplemente se refirió al concepto del Tribunal acerca de ese punto, y si declaró allí una nulidad, fue basado en el menoscabo del ejercicio del derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Constitución, por cuanto que en el asunto de que se trataba no se sometió al Jurado, en la plenitud de una nueva audiencia, el cuestionario redactado de conformidad con lo resuelto por el propio Tribunal.

Ahora: en lo tocante al hecho que constituye la principal consideración del señor Procurador en su vista, y la solicitud que formula en consecuencia, la Corte si tiene sentado, con toda claridad y nitidez, doctrina al respecto, desde mil novecientos veintiocho.

En efecto: en fallo de catorce de mayo del año citado, que corre publicado en la *Gaceta Judicial* número 1813 de diciembre 10 de 1929, página 344, al tratarse de un caso similar al presente—el de Baltasar Monsalve R., por homicidio,—en que se adujo también la circunstancia de no contener el cuestionario la expresión indicativa de ser responsable el acusado **voluntaria o intencionalmente**, de haber dado muerte a Carmen Rosa Castaño, se dijo lo siguiente respecto del interrogatorio propuesto al Jurado:

"No puede negarse que este interrogatorio es algo defectuoso en su redacción, y, por lo mismo, hay necesidad de interpretarlo en busca de su verdadero sentido. Interpretación que tiene el Juez de derecho, desde luego que el Jurado solamente soluciona cuestiones de hecho,

que necesitan calificarse ante el derecho y ante la ley por quien tiene facultad para hacerlo.

"Ciertamente que no se consignó en él la frase sacramental 'intención de dar muerte o matar,' que por otra parte no la emplea el Código Penal al hablar del homicidio voluntario, pero en cambio sí se estamparon expresiones que contienen y reemplazan ese elemento.

"En efecto: decir 'que el acusado Baltasar Monsalve R. es responsable de haberle hecho varios disparos con los cuales le causó dos heridas a Carmen Rosa Castaño voluntariamente'; y que 'esas heridas causaron la inmediata muerte de la víctima,' como reza el cuestionario, es reconocer una necesaria relación de causalidad imputable al agente, entre los disparos, las heridas y el homicidio que de ellas resultó, es precisar la dirección de la voluntad hacia la realización de un fin determinado (la muerte de Carmen Rosa Castaño), poniendo los medios adecuados para producirlo (los disparos, y por consecuencia de ellos, las heridas), o sea lo que en ciencia penal se denomina intención criminal, dolo específico o **animus occidendi**.

"De suerte que, como lo anota el señor Procurador, 'un defecto gramatical, por más que se utilice, jamás será poderoso a estrangular la justicia, obligando a quienes la administran a ver blanco lo que es negro ante sus ojos.'"

Y en fallo de veintidós de noviembre del propio año de mil novecientos veintiocho, que corre publicado en el número 1827 de *Gaceta Judicial*, de junio 30 de 1930, página 80, acaso en forma más neta y precisa, se sentó esta misma doctrina, en los siguientes términos:

"El recurrente sostiene que la absolución se impone por no haberse incluido tampoco en los cuestionarios la voluntariedad, y no tratarse, en consecuencia, de un homicidio voluntario, ni de ninguno de los que define la ley penal, dada la forma en que fue redactado el interrogatorio.

"En el cuestionario no se incluyó, en realidad, lo de la voluntariedad en el homicidio, como siempre se acostumbra, y como en general debe procederse para mayor claridad y conveniencia; esa omisión constituye otro desacierto del Juez y del Tribunal, pero ella no alcanza a quitarle al homicidio el carácter de voluntario, tal como aparece el veredicto.

"En efecto: sobre la voluntariedad existe una presunción de carácter general para todos los delitos, y que se acata porque está de acuerdo con el proceder humano, en que la regla es que el hombre, una vez desenvueltas sus facultades, se conduce de ordinario con conciencia de lo que hace, y mucho más tratándose de actos tan importantes como son aquellos que la ley define y sanciona como delitos.

"Al declarar el Jurado, como declaró, que el acusado era **responsable** de haber dado muerte a José Eulogio Jojos, ese responsable envuelve la voluntariedad con que procedió, la cual no fue desvirtuada por la defensa, hasta lograr una contestación en sentido contrario o distinto por los Jueces de conciencia.

"No sucede lo mismo con la presunción de premeditación; que consagra el artículo 585 mencionado, ya porque su alcance no tiene la misma generalidad de la consagrada en el artículo 2° del Código Penal, ya porque no es lo natural, ni lo ordinario, que el hombre premedite para matar, y así no es lógico ni razonable que los casos de excepción, y precisamente los más graves, puedan ele-

varse a la categoría de presunción. Pero como el Código sí la ha reconocido como tal, es necesario, como se dejó explicado con amplitud en las transcripciones que de otros fallos se hicieron al tratar asuntos análogos, y con el fin de evitar absurdos, injusticias y arbitrariedades, que si bien en determinados casos puede el Juez de derecho hacer uso de esa presunción en el auto de proceder, los elementos que ella contiene tienen que ser materia de interrogatorio expreso al Jurado, debiendo dictarse la sentencia 'en conformidad con su veredicto,' como lo dispone el artículo 49 de la Ley 169 de 1896."

Aquí podrían agregarse otras apreciaciones a los apartes que se han transcrito de los fallos citados, a fin de acentuar más extensamente la doctrina expuesta. Pero como allí se consigna ésta con la sobriedad y fuerza jurídicas que deben las características de las sentencias judiciales, no precisa añadir nada más, ya que lo dicho es suficiente para no aceptar la tesis del señor Procurador.

En mérito de lo que precede, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador, y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas.**
Juan C. Trujillo Arroyo—**Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintiséis de febrero de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor **Parmenio Cárdenas**).

Vistos:

En un proceso que se adelantaba en el Juzgado 1° del Circuito de Ríosucio, en averiguación del delito de abuso de confianza, que se imputaba al señor Antonio Vélez G., se incurrió en demoras, comprendidas del primero de junio de mil novecientos veinticinco al diez y seis de febrero de mil novecientos veintinueve, y con el fin de averiguar el responsable o responsables de esas demoras, se adelantó la presente investigación, que se siguió contra los señores José Joaquín Báyer, Ricardo Gartner, Juan de Dios Echeverri, Jesús María Taborda, Vicente de la Cuesta y Lorenzo M. Palomino, por haber tenido estos señores el carácter de suplentes de ese Juzgado durante esa época y a los cuales debía corresponder el conocimiento del negocio, por impedimento del principal.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en la parte resolutive del auto de fecha diciembre tres del año próximo pasado, que dispuso consultar, decidió lo siguiente:

"1° Por muerte de los señores José Joaquín Báyer y Ricardo Gartner, declara que ha cesado el derecho de imponerles pena por el delito de demoras, que se les ha venido imputando; y

"2° Declara prescrita la acción criminal en contra de los señores Juan de Dios Echeverri, Jesús María Tabor-

da, Vicente de la Cuesta y Lorenzo M. Palomino, y que por el transcurso del tiempo, también ha cesado el derecho de imponerles pena.

"Notifíquese, cópiese y consúltese con la honorable Corte Suprema de Justicia."

Examinada la investigación, se encuentra que no logró acreditarse en forma alguna que al estudio de los mencionados señores hubiera pasado el proceso mencionado, y, por consiguiente, no existe la menor prueba que los comprometa o haga responsables en tal demora.

En tal situación, lo procedente no es declarar que por muerte de los señores Báyer y Gartner ha cesado el derecho de imponerles pena (habría sido más acertado hablar de cesación del procedimiento o de terminación de la acción, porque lo otro presupone un llamamiento a juicio previo), ni tampoco declarar prescrita la acción criminal en contra de Echeverri, Taborda, De la Cuesta y Palomino, por el transcurso del tiempo, porque lo que conviene a los intereses de los que se sindicaron, es la manifestación clara, nítida y precisa de su inocencia, la cual es preciso reconocer de preferencia a la prescripción, que dejaría pesando sobre la reputación de los vivos y sobre la memoria de los muertos, una situación sospechosa y nada favorable. Tal ha sido en casos como el presente la doctrina uniforme de esta Sala.

Y el sobreseimiento tiene que ser definitivo para todos, ya que no se ve forma alguna de que mañana pudiera modificarse la situación jurídica que ha creado este proceso.

No está por demás advertir el error en que incurrió el Tribunal al aplicar y tener en cuenta el artículo 4° de la Ley 5° de 1931, el cual concede un beneficio extraordinario, consistente en la rebaja de la tercera parte del tiempo legal para la prescripción de la acción o de la pena, en su caso, para los delitos comunes, y en el presente caso no se trata de uno de esta clase, sino de responsabilidad; esas dos clases de infracciones tienen marcadas diferencias en la legislación sustantiva, en el procedimiento y en la jurisprudencia.

Es seguro que el legislador del año 1931, al expedir el mencionado artículo 4°, no extendió la rebaja de que él trata a los delitos de responsabilidad, teniendo en cuenta que el término en general para la prescripción de éstos es relativamente corta, y no existe motivo justificado ni conveniente para disminuirla, aún más en perjuicio de la justicia y de los altos y delicados intereses sociales.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, reforma el auto consultado, en el sentido de sobreseer definitivamente en favor de los señores José Joaquín Báyer, Ricardo Gartner, Juan de Dios Echeverri, Jesús María Taborda, Vicente de la Cuesta y Lorenzo M. Palomino, por los hechos que dieron lugar a la formación del presente informativo.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado convocado y reunido en legal forma para decidir acerca de la responsabilidad de Daniel Atuesta y Vitalia Aguirre por los delitos de homicidio premeditado y envenenamiento frustrado en la persona de Hipólito Díaz, esposo de la última, le fue propuesto por el señor Juez del conocimiento, segundo Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el siguiente cuestionario:

“Cuestión primera.

“¿El acusado Daniel Atuesta es responsable de haber dado muerte, previo concurso recíproco con Vitalia Aguirre, por medio de heridas que le produjo con proyectiles de arma de fuego (escopeta), y después de haber reflexionado antes sobre su hecho y sobre los medios de ejecutarlo, todo lo cual tuvo lugar en jurisdicción municipal de Villeta, de este Distrito Judicial, en los primeros días del mes de enero de mil novecientos veintiocho?”

“Cuestión segunda.

“¿El acusado Daniel Atuesta es responsable de haber cometido el hecho que se menciona en la cuestión anterior, con las siguientes circunstancias, con alguna o algunas de ellas: con previa asechanza, con alevosía, a traición y sobresuro, sorprendiendo desapercibida e indefensa a la víctima, o ejecutando cualquier otro acto para cometer el delito con seguridad o con crueldad?”

“Cuestión tercera.

“¿La acusada Vitalia Aguirre es responsable de la muerte sufrida por su esposo legítimo Hipólito Díaz a manos de Daniel Atuesta, previo concurso recíproco con éste, por medio de heridas producidas con proyectiles de arma de fuego (escopeta), y después de haber reflexionado sobre su hecho y sobre los medios de ejecutarlo, todo lo cual tuvo lugar en jurisdicción municipal de Villeta, de este Distrito Judicial, en los primeros días del mes de enero de mil novecientos veintiocho?”

“Cuestión cuarta.

“¿La acusada Vitalia Aguirre es responsable de haber cometido el hecho que se menciona en la cuestión tercera, con las siguientes circunstancias, con alguna o algunas de ellas: con previa asechanza, con alevosía, a traición y sobresuro, sorprendiendo desapercibida, descuidada e indefensa a la víctima o ejecutando cualquier otro acto para cometer el delito con seguridad o con crueldad?”

“Cuestión quinta.

“¿El acusado Daniel Atuesta es responsable de haber pretendido dar muerte, en concurso recíproco con Vitalia Aguirre, a Hipólito Díaz, esposo legítimo de ésta, instigándola para que le suministrara un tósigo o veneno con el objeto de producirle la muerte, actos suficientes por

su naturaleza para obtener el fin perseguido, no habiéndolo obtenido por causas o accidentes independientes a la voluntad de Atuesta y de la Aguirre, todo lo cual tuvo lugar en jurisdicción municipal de Villeta, de este Distrito Judicial, en uno de los días del mes de diciembre de mil novecientos veintisiete?”

“Cuestión sexta.

“¿La acusada Vitalia Aguirre es responsable de haber pretendido dar muerte, en concurso recíproco con Daniel Atuesta, a Hipólito Díaz, su esposo legítimo, e instigada por Atuesta, suministrándole un tósigo o veneno con el objeto de producirle la muerte, actos suficientes por su naturaleza para obtener el fin perseguido, no habiéndolo obtenido por causas o accidentes independientes de la voluntad de la Aguirre y de Atuesta, todo lo cual tuvo lugar en jurisdicción municipal de Villeta, de este Distrito Judicial, en uno de los días del mes de diciembre de mil novecientos veintisiete?”

El Jurado contestó, por unanimidad, a las cuestiones primera, segunda, tercera y cuarta, de manera simplemente afirmativa. A la quinta respondió negativamente, y a la sexta dijo: “Sí, pero sin el concurso o intervención de Daniel Atuesta.”

Sobre este veredicto dictó su sentencia el Juzgado con fecha veintisiete de mayo del año próximo pasado, condenando de esta manera:

“1° Condénase a Daniel Atuesta como responsable del delito de homicidio, en el grado de asesinato en la persona de Hipólito Díaz, hecho llevado a cabo en concurso recíproco de Vitalia Aguirre, a sufrir la pena fija de veinte años de presidio, que purgará en el Panóptico de esta ciudad o en el establecimiento de castigo que designe el Gobierno; y a las accesorias siguientes: pérdida de todo empleo público y de toda pensión; privación perpetua de los derechos políticos; al pago de las costas procesales mancomunadamente con Vitalia Aguirre, y pérdida a favor de la Nación del arma con que cometió el delito.

“2° Absuélvese a Daniel Atuesta del delito frustrado de envenenamiento.

“3° Condénase a Vitalia Aguirre como responsable del delito de homicidio, en el grado de asesinato en la persona de su esposo legítimo Hipólito Díaz, hecho llevado a cabo en concurso recíproco de Daniel Atuesta, a sufrir la pena fija de veinte años de presidio, que purgará en el Panóptico de esta ciudad o en el establecimiento de castigo que designe el Gobierno.

“4° Condénase a Vitalia Aguirre, como responsable del delito frustrado de envenenamiento en la persona de su esposo legítimo Hipólito Díaz, y de acuerdo con lo que dispone el artículo 71 del Código Penal, a sufrir la pena de cinco años de reclusión, que purgará en el Panóptico de esta ciudad o en el establecimiento de castigo que designe el Gobierno. Se le condena a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión; y al pago de las costas procesales mancomunadamente con Daniel Atuesta.”

Apelado el fallo para ante el Tribunal Superior, esta entidad, en providencia de cuatro de septiembre postero, lo confirmó en todas sus partes.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso Atuesta recurso de casación. Manifestó que lo fundaba en las causales 1° y 2° del artículo 3° de la Ley 78 de 1923, y aun

cuando dijo, en el propio escrito dirigido al Tribunal, que se reservaba el derecho de alegar ante la Corte, es lo cierto que hasta la fecha no ha aducido la menor razón para sustentar el recurso.

Por parte de la Aguirre también ocurrió en casación su defensor, el doctor Castañeda Morales, fundándose en que existe nulidad en el procedimiento.

Como en este despacho ya se han surtido los trámites legales propios del recurso, debe entrarse a resolver en el fondo, teniéndose en cuenta el único memorial que presta mérito para ello, presentado ante esta Sala por el señor defensor de Vitalia Aguirre.

Este recurrente sustenta la casación así:

"En recurso de casación a vuestra consideración el asunto contra Vitalia Aguirre y Daniel Atuesta, condenados a veinticinco años de presidio, respectivamente, por el delito de uxoricidio y homicidio, respectivamente, en la persona del esposo legítimo de la Aguirre, sentencia proferida por el Juez 2º Superior de este Distrito Judicial y confirmada por la Sala Criminal presidida por el Magistrado doctor Fernando Segura.

"Tócame como defensor de Vitalia Aguirre fundamentar el recurso en cuestión, lo cual hago por medio del presente y basado en las siguientes razones de Derecho: la Ley 78 de 1923 estableció como una de las causales por las cuales se podía interponer este recurso, en su numeral 2º, la siguiente que a la letra dice: 'Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley.' Ya en la antigua ley se había establecido esta causal de nulidad que amplía la casación en materia criminal, haciéndola extensiva a errores de procedimiento, cosa que no dé margen para el recurso en materia civil.

"Es el caso de que el proceso recurrido en casación y mentado anteriormente, a los folios 210 vuelto y 212 vuelto, tiene irregularidades de procedimiento que vician de nulidad todo lo actuado posteriormente, al tenor de la causal 2ª del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, y que dice: 'haberse reemplazado indebidamente en el sorteo alguno de los designados.' Esto en armonía con el artículo 20 de la Ley 135 de 1888.

"El caso en concreto es el siguiente: el señor Agustín Rubio, al folio 210 vuelto, aparece reemplazado como Jurado por el señor Carlos Hernández Ortega, debido a un simple informe del policía encargado de hacer los traslados, sobre cuyo informe recayó un auto del Juez declarándolo legalmente impedido.

"Al folio 212 vuelto, el señor Leopoldo Castaño aparece también reemplazado de su cargo de Jurado porque el señor Secretario informa que se encuentra excusado en la causa que se le sigue a Miguel Ortiz por fuerza y violencia, según un certificado que nombra al mismo Secretario y que no aparece en los autos.

"Sabido es que los impedimentos, lo mismo que las excusas, deben declararse con conocimiento de causa.

"Sobran los comentarios sobre la irregularidad legal anotada.

"Por tales defectos pido a los señores Magistrados de la Corte Suprema de Justicia casen la sentencia recurrida y ordenen la reposición de lo actuado de acuerdo con la Ley 78 de 1923."

El señor Procurador examina cuidadosamente, de acuerdo con las constancias de autos, el reparo sobre nulidad formulado por el recurrente, y llega con todo acierto a la conclusión de que carece de fundamento. Al efecto, expresa las siguientes razones:

"1º En el sorteo que se verificó el 13 de junio de 1930, resultaron elegidos para componer el Tribunal de hecho los designados Luis Alberto Martínez, Eduardo Rodríguez Rey, Carlos Hernández Ortega, Emilio Buenaventura y Juan de la Cruz Figueroa.

"Cuando se fue a hacer la notificación a los designados, el empleado encargado de correr los traslados, Agustín Rubio P., informó al Juez que el Jurado Carlos Hernández Ortega, estaba ausente por hallarse radicado en la ciudad de Bucaramanga. El señor Juez le exigió a Rubio que ratificara con juramento su informe, y así se hizo, como se ve al folio 210 vuelto. En auto de 2 de septiembre del mismo año el Juez declaró ausente al designado Hernández Ortega y señaló el día cuatro del mismo mes para reemplazarlo. Ese auto se notificó al Fiscal, a los acusados y a sus defensores, quienes se conformaron con él.

"El día y a la hora señalados se verificó el sorteo, y resultó elegido Leopoldo Castaño para reemplazar a Hernández Ortega. Estuvieron presentes en esa diligencia los procesados, y no hicieron reclamación.

"El Secretario informó después que Leopoldo Castaño estaba impedido para intervenir como Jurado, por estar desempeñando el mismo cargo en la causa por fuerza y violencia contra Miguel Ortega, y el Juez ordenó reemplazarlo y fijó para ello el 16 de septiembre citado. Tampoco hubo reclamación, y el día señalado se verificó el sorteo en el cual resultó designado Pío Víctor Suárez.

"Las diligencias que acabo de enumerar fueron practicadas todas con estricta aplicación de los artículos 277, 283 y 246 de la ley orgánica del Jurado y 21 de la Ley 135 de 1888.

"2º El numeral 2º de la Ley 57 de 1887 estatuye que para que el reemplazo de un designado engendre nulidad es "necesario que la parte que alega la nulidad, haya reclamado de la resolución del Juez sobre el asunto en el acto del sorteo," y ya se vio que ninguno de los procesados ni sus defensores, ni el Fiscal, reclamaron contra el reemplazo de Hernández Ortega y de Leopoldo Castaño. Por el contrario, consintieron en esos reemplazos.

"3º Agustín Rubio no ha sido Jurado, como lo dice el defensor de Vitalia Aguirre. Aquél figura como empleado del Juzgado Superior, y fue el que con juramento informó sobre la ausencia del designado Hernández Ortega.

"Resulta, pues, que no hay nulidad en el proceso, y que es infundado, por ese motivo, el recurso de casación invocado.

"Esta Procuraduría, en cumplimiento de lo que ordena el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, ha examinado detenidamente este proceso, y no ha encontrado fundamento para alegar y sostener ninguna de las causales de casación enumeradas en el artículo 3º de esa misma Ley."

Como se ve, no existe en el proceso la nulidad alegada por el recurrente, pues no se reemplazó indebidamente a ninguno de los Jurados, sino que, por el contrario, en los sorteos parciales verificados para reemplazar prime-

ro a Carlos Hernández Ortega y luego al propio reemplazo de éste, Leopoldo Castaño, el Juzgado se ciñó estrictamente a las disposiciones pertinentes. Siendo esto así, y considerándose, además, que la Procuraduría no ha encontrado ningún motivo fundado para alegar y sostener alguna o algunas de las causales de casación de que trata la Ley 118 del año pasado, debe concluirse que es el caso de mantener firme la sentencia recurrida.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acogido el parecer del señor Procurador y acorde en un todo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no debe infirmarse, y en efecto no infirma el fallo que ha sido objeto del recurso.

Cópiase, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES — Parmenio Cárdenas.
Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, marzo tres de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

El señor Juez primero Superior del Distrito Judicial de Medellín propuso al Jurado reunido para decidir sobre la responsabilidad de Eduardo Tangarife o Luis Eduardo Guzmán, de Angel María Alvarez y de Luis E. Mosquera, por el delito de falsificación de moneda, el siguiente cuestionario:

"Cuestión primera.

"¿El acusado Eduardo Tangarife o Luis Eduardo Guzmán es responsable de haber fabricado, en concurso recíproco con Angel María Alvarez y Luis E. Mosquera, monedas falsas que imitan las legítimas de plata, por valor de diez centavos cada una, de las emitidas en Colombia; hechos ocurridos en la cabecera del Municipio de Fredonia, el veintiuno de diciembre de mil novecientos veintinueve, y en días anteriores a esta fecha?"

Cuestiones del mismo tenor se propusieron en relación con los acusados Alvarez y Mosquera, todas las cuales fueron contestadas así: la primera y la tercera en forma simplemente afirmativa; la segunda de esta manera: "No, pero sí lo es por circulación."

El Juzgado del conocimiento, en sentencia de diez y seis de febrero del año pasado, basado en el veredicto y calificada la delincuencia de los acusados en el menor grado, condenó a dos de éstos, a Tangarife o Guzmán y a Mosquera, aplicado el inciso 1º del artículo 315 del Código Penal, a la pena de ocho años de presidio, y a Alvarez, considerado conforme al Jurado, como circulador y aplicado el segundo inciso del propio artículo, a seis años de la misma pena. Todos fueron condenados, además, a las correspondientes incorporales accesorias.

Apelado el fallo para ante el Tribunal, éste lo confirmó en providencia de fecha cinco de septiembre del año último.

Contra la sentencia de segunda instancia interpusieron recurso de casación el defensor de Eduardo Tanga-

rife y Luis E. Mosquera, el cual les fue concedido, y remitidos, en consecuencia, los autos a esta Sala. Y como en este Despacho ya se le ha dado al negocio la tramitación que la ley ordena, debe procederse a resolverlo en el fondo en lo que atañe a Tangarife o Guzmán, cuyo defensor es el único sustentante del recurso, pues el otro recurrente ni formuló alegación alguna ni por él lo ha hecho el señor Procurador, quien estima que no es el caso de hacerlo por no hallar justificación en este proceso ninguna de las causales que enumera el artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

Para interponer el recurso el defensor de Tangarife adujo la causal 3ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, o sea no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. Pero en el memorial dirigido a la Corte por conducto del Tribunal aduce además la de violación procedimental, por haberse dictado sentencia, según él, en un proceso viciado de nulidad, causal que hace consistir en el hecho de no haberseles llamado a responder a los acusados por el delito de estafa en lugar del de falsificación, pues según los peritos, con las monedas encontradas a aquéllos pudo verificarse la estafa simulando una falsificación, dando a entender, por otra parte, que los elementos hallados en su poder no tenían toda la aptitud para fabricar moneda perfecta, "lo que demuestra, agrega el recurrente, que no se llenaron las exigencias del artículo 1512 del Código Judicial, es decir, que no se allegaron a los autos los elementos constitutivos del cuerpo del delito de falsificación de moneda, que en este caso vendría a ser la base para aplicar la sanción de que tratan las disposiciones penales que tanto el juzgador de primera instancia como el honorable Tribunal han creído violadas."

Como bien se observa, el recurrente confunde con suma facilidad la nulidad procedimental—él cita el numeral 7º, artículo 264, Ley 57 de 1887, por error en la denominación genérica del delito—con la prueba de la existencia del cuerpo del delito, cosas, como es notorio, absolutamente distintas.

Pero es lo cierto que en este caso no existe ni lo uno ni lo otro de lo enunciado confusamente por el recurrente: en efecto, de autos aparece, netamente comprobado, que las autoridades del Municipio de Fredonia, en el Departamento de Antioquia, encontraron el 21 de diciembre de 1929, fabricando monedas falsas imitativas de las de plata de diez centavos, emitidas en Colombia, a Eduardo Tangarife, conocido también con el nombre de Luis Eduardo Guzmán, y a su amigo Luis E. Mosquera, los cuales se hallaban en casa habitada por el primero de éstos y Ana de Jesús Montoya, esposa suya, así como también por Angel María Alvarez, agente de Policía, quien el propio día veintiuno, en una venta de café y desayunos que tenía Marta Restrepo en Fredonia, había hecho circular cuatro monedas de a diez centavos, de las mismas encontradas a Mosquera y Tangarife.

Según la diligencia practicada por el Alcalde Municipal, su Secretario, el Personero y cinco Agentes de Policía del lugar (folios 1 y 1 vuelto del expediente), las monedas encontradas estaban aún calientes, lo mismo que los elementos empleados para fabricarlas. Además, hallaron en una caja de madera, debajo de una cama, ochenta y una monedas de fabricación fraudulenta.

Los peritos reconocedores, como puede verse a folios 38 y 39 vuelto del informativo, claramente dictaminaron acerca de que los aparatos que se les pusieron de presente eran los apropiados para la fabricación de moneda falsa y que ésta, imitación de la de plata de diez centavos emitida por la Nación, estaba fabricada con bastante perfección, de tal manera que podía circular con poca dificultad en las transacciones públicas. Si los expertos aludieron a que los elementos vistos por ellos y examinados, se prestaban para estafar a los demás, fue de manera simplemente incidental dentro del peritazgo, pues esa es una deducción jurídica completamente extraña al radio de sus atribuciones.

Con la densa prueba recogida, era obvio que el juzgador debía llamar a juicio a los acusados por el delito genérico de falsificación de monedas, como en realidad los llamó, pero no por ningún otro delito, menos por el de estafa, porque de éste no se trataba. De suerte que si así se hizo y si al Jurado se le propusieron los cuestionarios respectivos y de conformidad con su veredicto se condenó a los acusados, se procedió dentro de lo contemplado en el auto de proceder, porque del delito de falsificación se trataba. Hubiera sido absurdo llamar a juicio por el delito de estafa, y entonces si se habría incurrido en la causal de nulidad enunciada por el recurrente. Pero en este caso nó, como superabundantemente aparece del informativo.

De modo, pues, que carece de toda base y razón lo insinuado por el recurrente en este punto, así como carece también de fundamento lo referente a violación de la ley penal, porque al sentenciado Tangarife o Guzmán se le condenó precisamente por el delito por el cual fue llamado a responder en juicio, en armonía con el veredicto afirmativo del Jurado y con la aplicación, en el menor grado, de la única disposición aplicable, o sea el inciso 1º del artículo 315 del Código Penal, que contempla la pena para el falsificador de moneda. Aplicar otra disposición distinta de ésta, si hubiera sido violatorio de la ley penal sustantiva.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES — Parmenio Cárdenas.
Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

El señor Juez 2º Superior del Distrito Judicial de San Gil, residente en el Socorro, propuso al Jurado de calificación, reunido para decidir sobre la responsabilidad de Fermín Parra por el delito de homicidio (asesinato), el siguiente cuestionario:

“¿El acusado Fermín Parra es responsable de haber causado a Carmen Lizarazo (mujer), nueve heridas con arma cortante, situadas así: una sobre la eminencia parietal derecha, que interesó los tejidos profundos y el hueso; otra sobre el parietal izquierdo; otra a nivel de la protuberancia occipital externa, que produjo una mutilación de carácter grave; otra en la región de la nuca, desde la inserción del externocleido-matoides izquierdo, hasta más allá de las apófisis espinosas de las vértebras cervicales del lado derecho; otra en la región posterosuperior de la articulación escapulohumeral izquierda; otra en la región media y posterior del brazo izquierdo; otra en el tercio inferior del antebrazo del mismo lado; otra en la región dorsal de la mano derecha, que seccionó el dedo meñique, y otra a nivel de la porción interna de la espina del homoplato derecho, las cuales determinaron la muerte a la ofendida; hechos que tuvieron lugar en la vía pública que conduce al campo de Mérida, de la jurisdicción municipal del Páramo, en la tarde del diez y nueve de febrero de mil novecientos treinta, y en la ejecución de ellos obró el procesado de manera voluntaria, con premeditación y con intención de matar?”

“Sí.”

“¿El acusado Fermín Parra, en la ejecución de los hechos a que se refiere la pregunta anterior, obró con las siguientes circunstancias, o con alguna o parte de ellas: con alevosía, con crueldad, hallando a la víctima sola, indefensa, descuidada, inerme, sobreseguro y con exceso en el ataque?”

“Sí.”

El Jurado contestó las dos cuestiones precedentes de manera simplemente afirmativa, y basado en ese veredicto, el Juzgado, con fecha siete de marzo del año pasado, dictó la sentencia correspondiente por medio de la cual condenó al encausado, aplicados los artículos 597 y 598 del Código Penal, en relación con el artículo transitorio B del Acto legislativo número 3 de 1910, a la pena fija principal de veinte años de presidio y a las accesorias legales.

Apelado el fallo para ante el Tribunal de San Gil, éste lo confirmó, en providencia de doce de agosto pasado.

Contra el fallo del Tribunal interpuso el sentenciado recurso de casación, el cual fue concedido, y remitidos consecuentemente los autos a esta Sala para efectos de resolverlo. A ello se procede en seguida, agotada como está la tramitación en este Despacho, observándose que se estudiará brevemente en el fondo, pues presta algún mérito para hacerlo el único memorial que se tiene a la vista, que es el dirigido por el encausado al Tribunal para interponer el recurso.

Aun cuando el recurrente no cita en su escrito las disposiciones legales pertinentes, dice que funda la casación en las siguientes causales:

“1º Ser la sentencia del honorable Tribunal violatoria de la ley sustantiva, por errónea interpretación de la misma ley; y

“2º Por haber incurrido el Tribunal sentenciador en error de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba.”

La primera la hace consistir en que el Jurado, en su veredicto, no clasificó su delito entre los casos más graves de asesinato, y, por lo mismo, se le ha debido aplicar el artículo 595 del Código Penal que considera como la

disposición violada. Alrededor de esto hace múltiples consideraciones acerca del valor que debe darse a su confesión y a las declaraciones de cargo, todo encaminado a demostrar que, hallándose embriagado cuando cometió el delito, y no existiendo en realidad todas las circunstancias de asesinato deducidas contra él, sino solamente algunas de ellas, se le ha debido aplicar la pena de que trata el precitado artículo 595.

Se considera:

El artículo en cuestión contempla sólo la pena correspondiente al homicidio premeditado, sin circunstancias de asesinato. Y como en el caso del recurrente tales circunstancias sí existen, y no comoquiera, sino en toda su magnitud y extensión, es indudable que lo dispuesto en el invocado artículo no puede tener aplicación en manera alguna para el hecho delictuoso de que aquí se trata.

Y efectivamente, en armonía con el auto de proceder, al Jurado se le propusieron los cuestionarios exigidos por la ley en casos como éste, relativos al homicidio premeditado y a las circunstancias de asesinato en que se cometió. Tales cuestionarios fueron contestados afirmativamente. Y como de la clara interpretación de ellos se deduce nitidamente, sin la menor duda, que el hecho realizado por el recurrente se halla comprendido dentro de los ocho primeros números del artículo 586 del Código Penal, que se reputan como casos más graves de asesinato, la pena no podía ser otra que la señalada por el artículo 598 del mismo Código, sustituida de conformidad con el artículo transitorio B del Acto legislativo número 3 de 1910, o sean veinte años fijos de presidio. Además, debe observarse que no es al Jurado a quien corresponde clasificar si un delito es o nó de los más graves: él sólo decide, en conciencia, sobre el cuestionario que se le propone, y es al Juez de derecho a quien toca acomodar ese veredicto a la ley penal sustantiva.

Sobran cualesquiera otras consideraciones en este particular, pues lo referente a confesión y declaraciones de testigos, a que alude el recurrente, ya fue materia de apreciación por los juzgadores de instancia, sin que haya lugar ahora a nueva consideración al respecto; pues, como se ha visto, el veredicto del Jurado es perentorio y clarísimo, y no da margen a estudio de pruebas.

Y como la segunda causal invocada, o sea de error de hecho y de derecho, la formula el recurrente, aun cuando no lo dice, como consecuencia de la primera, síguese que las mismas consideraciones hechas dejan tal causal, igualmente, sin fundamento para sustentar el recurso.

De igual parecer en este asunto es el señor Procurador, quien, además, expresa que en lo que a él atañía no ha encontrado fundamento para sustentar la casación en ningún otro de los motivos que señala el artículo 3° de la Ley 118 de 1931.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acorde con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas.
Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, nueve de marzo de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

El Juzgado 2° Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de fecha julio dos del año próximo pasado, en desarrollo del veredicto pronunciado por el Jurado de calificación, reunido para decidir sobre la responsabilidad de Pablo Flechas por homicidio en la persona de Juan Becerra, y por heridas en José Domingo Becerra, después de calificar la responsabilidad en el segundo grado, condenó al acusado a la pena principal de nueve años, treinta y siete días de presidio y las accesorias correspondientes.

El Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, con fecha octubre veintidós del mismo año, y con una pequeña reforma, consistente en elevar la pena por el delito de heridas a un mes con veintitrés días, confirmó la providencia de primera instancia.

Contra el fallo del Tribunal interpuso casación el condenado, alegando la causal primera del artículo 3° de la Ley 78 de 1923, la cual fundó durante el respectivo traslado, aunque de manera bastante defectuosa.

Se alega que la sentencia es violatoria de los artículos 117, 123 y 124 del Código Penal, "por cuanto el Tribunal sentenciador estima como circunstancias agravantes, para proceder a la calificación en segundo grado, hechos desvinculados del delito a que se refiere la condena, tales como el mayor número de personas que concurrieron a la ejecución del hecho y la mala conducta del reo con anterioridad al delito."

El recurrente se refiere a la circunstancia agravante consignada en el ordinal 5° del artículo 17 del Código Penal, o sea el mayor número de personas que concurran a la perpetración del delito, y deduce que tal agravante no puede tenerse en cuenta en el presente caso.

Tal alegación es inútil e innecesaria, porque ni el Juez de primera instancia ni el de segunda tuvieron en cuenta para nada, ni mencionaron en forma alguna esa agravante, al calificar el grado de la responsabilidad, como adelante se verá.

Con respecto a la mala conducta anterior del acusado, circunstancia que sí fue tomada en cuenta por los Jueces de instancia, dice el recurrente que no puede basarse en hechos vagos, imprecisos e indeterminados, y agrega:

"Es necesario que el hecho en que se funda esa mala conducta anterior al delito, aparezca constatada de modo concreto, mediante la respectiva sentencia condenatoria ejecutoriada, dictada en juicio en que el reo haya podido ejercer su defensa, y en el cual se le haya oído y vencido con toda plenitud de formas. Los hechos estimados como mala conducta anterior del reo, se deducen del juicio por heridas, que se adelanta aún en el Tribunal sentenciador, y de unos testimonios que no concretan personas, ni dicen el tiempo en que tuvieron lugar ni el modo como ocurrieron, y por tanto no forman prueba, de conformidad con las exigencias del artículo 1675 del Código Judicial."

De todo lo cual concluye que la responsabilidad debe calificarse en el tercer grado, y no en el segundo, como se hizo.

Se considera:

El Juez de primera instancia sólo apreció como circunstancia agravante, para la calificación en el segundo

grado, la mala conducta anterior del acusado, lo que precisa en los siguientes apartes de la sentencia:

"Para calcular la sanción penal imponible, hay necesidad de prever el grado de delincuencia. Y en relación con éste, hay necesidad de decir que ambos Flechas aparecen procesados por el delito de heridas, y que la causa respectiva, según informe del Secretario del Juzgado 2° de este Circuito, se halla en el Superior Tribunal para la revisión de la sentencia condenatoria.

"Los informes de la Policía Municipal del lugar de su vecindad, también anotan que son personas de no buena conducta, pues los califican de bochincheros, y que han dado qué hacer a la Policía. Esto no permite que se califique la delincuencia en grado ínfimo, como se hiciera para un ciudadano ejemplar."

El Tribunal, al aceptar esa calificación, expone la siguiente:

"Y la calificación del grado de delincuencia está bien hecha, porque al tenor del artículo 123 del Código Penal, cuando concurren a un mismo tiempo circunstancias agravantes y atenuantes, la calificación se hará en segundo grado: y aquí existe la agravante de la mala conducta observada por el acusado antes de cometer los delitos que constata este expediente. Así vemos que al folio 66 aparece el informe del Secretario del Juzgado 2° de este Circuito, según el cual, contra Pablo Flechas cursa en esa Oficina una causa por el delito de heridas en la persona de Marcos Correa, hecho ocurrido el día once de enero del año de mil novecientos veintiocho; delito que le permitió el beneficio de excarcelación, y sin que pueda argüirse que se trata de otro Pablo Flechas, pues en varias providencias se hizo alusión por el funcionario instructor hacia ese negocio, y el procesado no intentó negarla o desvirtuarla. Por otra parte, esa mala conducta está corroborada con el dicho de los polizontes, quienes aseveran que los Flechas—refiriéndose a Pablo y a Maximino—a menudo tenían qué ver con la Policía, pues eran **bochincheros**. También puede agregarse la agravante de la violencia que menciona el artículo 117, agravante 3°"

No se encuentra comprobado en el proceso que se hubiera pronunciado sentencia condenatoria de primera instancia en el juicio de heridas cometidas anteriormente, ni siquiera se agregó copia del auto de proceder, el cual habría servido para apreciar los hechos en toda su extensión; la única constancia que sobre el particular existe, es el informe que a folio 66 del cuaderno principal da el Secretario del Juzgado 2° del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, o sea que cursa en ese Juzgado una causa "contra Pablo y Maximino Flechas, por el delito de heridas en la persona de Marcos Correa, abierta el diez y seis de octubre del año próximo pasado, y en el cual se encuentran excarcelados bajo fianza."

No toda sentencia condenatoria anterior, aun ejecutoriada, puede servir para calificar la reincidencia, pues para que tal fenómeno se verifique, se necesita que se llenen las condiciones que determinan los artículos 140 y 141 del Código Penal, el primero de los cuales contiene importantes excepciones.

Esa clase de condenaciones anteriores, que no alcanzan a tener entidad suficiente para establecer la reincidencia, pueden, es cierto, tomarse como base de agravación, como una circunstancia perteneciente a esta categoría, pero es necesario en tal caso que se trate de un fallo ejecutoriado, pues sin este carácter no puede afirmarse nada definitivo acerca de la responsabilidad,

ya que puede venir en último término una sentencia absolutoria porque reconozca que el acusado ha obrado, por ejemplo, en ejercicio de un derecho de legítima defensa, y entonces se habría cometido un error y una injusticia al tomar como agravante un hecho que en realidad no ha tenido nada de delictuoso, y que, por tanto, no es capaz de establecer un pasado delictuoso para el acusado.

Se agrega en la sentencia del Tribunal que esa mala conducta está corroborada con el dicho de Agentes de Policía, quienes aseveran que Pablo Flechas tenía que ver a menudo con la Policía, pues era bochinchero.

Tal concepto es muy vago, y no puede servir para establecer un antecedente personal de tan grave significación y alcance como es la mala conducta; habría sido necesario, para corroborar esa manifestación de los Agentes, que se hubiera agregado copia de las resoluciones de policía que se hubieran proferido contra Flechas por irrespetos a la autoridad o a los particulares, por desórdenes, escándalos, etc., pues sólo así se habría podido deducir con criterio seguro, alejado de toda arbitrariedad, el temperamento, carácter y verdadera conducta del procesado.

También puede agregarse, dice el Tribunal, para calificar la responsabilidad en el segundo grado, la agravante de la violencia que menciona el artículo 117, ordinal 3°

No explica el Tribunal, como era lo indicado, en qué funda la existencia y comprobación de esa circunstancia agravante. No puede confundirse la violencia, elemento hasta cierto punto constitutivo en delitos, como el homicidio con la mayor violencia de que habla el ordinal citado, es decir, con el exceso, que ponga de presente el temperamento feroz y sanguinario del delincuente, lo que no ocurrió en el presente caso, en que sólo se emplearon los medios necesarios para dar muerte, sin que las heridas hubieran sido varias, pues con una se causó el homicidio, y en circunstancias que no manifiestan la peligrosidad del agente, capaz de reclamar una especial agravación de la penalidad, como se verá más adelante.

De ahí que el Procurador diga, en relación con esta agravante, lo siguiente:

"El Tribunal mencionó también como circunstancia agravante la de la mayor violencia empleada en la ejecución de los delitos. No comparto esta opinión, porque de las constancias de los autos se puede deducir que la violencia empleada fue únicamente la necesaria para dar muerte a Juan Becerra y para herir levemente a José Domingo del mismo apellido."

Los hechos que son materia de este estudio, dice el Juez al calificar el mérito del sumario, se desarrollaron en una taberna, como casi todos los sucesos de sangre. Es ésta una gran verdad que tiene aplicación para los delitos de sangre que se cometen en Boyacá, y también para los que se cometen en Cundinamarca. Y el principal remedio contra ellos no está precisamente en la agravación o severidad de las penas, sino en el examen de las causas para combatir las. Desgraciadamente la sociedad no se preocupa de ese problema; muy al contrario, constituyendo, como constituye la renta de bebidas fermentadas para los Erarios de esos Departamentos, una de sus principales y mayores entradas, facilitan y aun estimulan su expendio.

Los asiduos clientes de estos laboratorios del veneno, como los apellidó el sabio maestro doctor Liborio Zerda, desprovistos de toda enseñanza moral e intelectual, pues

muchos ni siquiera saben escribir su nombre, debilitados orgánicamente a causa del trabajo excesivo, y por añadidura mal alimentados, errada y torpemente creen que esas bebidas les reparan las fuerzas perdidas, y a ellas se entregan en las horas de descanso, hasta consumir todo el fruto de su trabajo, y caer luego, dentro de la mayor inconsciencia, en la vía del delito.

Contra esa clase de delinquentes no se puede, sin cometer un grave error, solicitar una represión más severa, cuando son precisamente los Departamentos quienes estimulan el consumo de esas bebidas para lograr el aumento de sus entradas. En Cundinamarca, por ejemplo, se ha hecho alarde del progresivo crecimiento que ha tenido el impuesto sobre la chicha; ese rendimiento fiscal es halagador ciertamente, pero en cambio, el alcoholismo también ha progresado con todas sus desgraciadas consecuencias: degeneración de la raza, prostitución y delincuencia, en sus distintas formas.

Es lástima que el esfuerzo que se hizo en el sentido de impedir que por lo menos en determinados días y horas se vendiera licor, hubiera fracasado; ese primer paso en la lucha antialcohólica quedó suprimido ante necesidades fiscales.

Lo humano, lo científico, lo indicado y cristiano es combatir esa clase de criminalidad en sus causas, dando aplicación al principio elemental de que es mejor prevenir que agravar la penalidad; cabe aquí, con respecto a estos delitos, la oportuna frase de algún distinguido maestro, de que para la defensa social y para la elevación moral de las poblaciones, el más insignificante progreso en las reformas de prevención social, vale cien veces más y mejor que la publicación de todo un Código Penal.

Mejorar la situación de los trabajadores, proporcionar a sus hijos los medios de que puedan concurrir a las escuelas, recibiendo una más práctica y acertada educación; higienizar las habitaciones obreras; fomentar las diversiones públicas y gratuitas; fundar parques y bibliotecas; lograr una racional y más equitativa indemnización por accidentes de trabajo; hacer cumplir y que el Estado mismo cumpla las disposiciones sobre seguro obligatorio y estimular el ahorro, son medios poderosos que contribuyen a impedir el desbordamiento de los crímenes.

En virtud de lo expuesto, esta Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema, oído el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Condénase a Pablo Flechas, en armonía con el veredicto del Jurado y dando aplicación al artículo 600 del Código Penal, como responsable de homicidio voluntario en la persona de Juan Becerra, y como responsable de heridas en la persona de José Domingo Becerra, las cuales produjeron incapacidad de seis días, verificada la conversión de que trata el artículo 133, y aplicando el artículo 649 de la misma obra, calificada la responsabilidad en tercer grado, a la pena de seis años y quince días de presidio, que cumplirá en la penitenciaría que designe el Gobierno. En lo demás, o sea en las condenaciones accesorias, queda en pie la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas.
Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

En virtud de apelación, surtida en legal forma, debe revisar esta Sala el auto de fecha dos de octubre del año próximo pasado, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, por medio del cual sobresee definitivamente en favor de Foción López por los cargos formulados contra él en el presente informativo.

Surtida la tramitación propia de la segunda instancia, se procede a resolver lo que fuere legal, para lo cual se considera:

Los cargos en cuestión se refieren a delitos de calumnia e injurias, y ellos fueron materia de acusación particular por parte de la persona que se ha considerado agraviada, doctor Federico Puertas, quien, al formular su acusación ante el Juez 1º del Circuito de Pasto, el cual conoció primeramente de estos hechos, dijo lo siguiente:

“Yo, Federico Puertas, hablando en la acusación que sigo contra el señor Foción López por calumnia e injurias públicas, ante usted formulo mi acusación en estos términos:

“En el escrito de acusación, folio 5, dije que López, en una declaración rendida ante el Juzgado de Prensa el cuatro de agosto último, dijo:

“Al doctor Puertas se le conoce como libelista difamador, como político amigo de todos los Gobiernos, y sin escrúpulo; como hombre de mala fe y amigo de perjudicar a sus conciudadanos.”

“Esta frase envuelve una injuria pública y grave contra mi honor y mi dignidad personal, que deben respetarse, y están, además, garantizados por las leyes.

“Más abajo dijo López en su declaración:

“El doctor Puertas, cuya buena reputación está bajo cero, y no puede deprimirse más.....”

“Esta segunda frase envuelve también injuria pública contra mí, porque afecta mi honor y mi crédito personal. Ambos delitos están definidos y penados por los artículos 755, 760 y 764 del Código Penal, y no admiten prueba en contrario, como lo dispone expresamente el artículo 763 allí.

“En cuanto a la calumnia pública, ella se desprende de la siguiente frase, que entraña un cargo concreto y grave contra mí, en mi calidad de Secretario de Gobierno del Departamento:

“Es de notoriedad pública su participación en contratos vergonzosos, como el de suministrar alimentación a los presos de la Penitenciaría, en el cual él tenía parte, siendo Secretario de Gobierno, en la Administración del General Eliseo Gómez Jurado.....”

“De manera que López, al hacerme este cargo falso en su declaración, violó los artículos 743, 744 y 745 del Código Penal.”

El Juzgado calificó el mérito del sumario en providencia de fecha diez y nueve de diciembre de mil novecientos treinta, la cual subió en apelación al Tribunal Superior, y esta entidad, en auto de diez y seis de septiembre del año próximo pasado, revocó el del Juzgado, de-

clarando nulo lo actuado desde tal proveído, por incompetencia del Juez, en virtud de haberse allegado al informativo la prueba del carácter de Diputado a la Asamblea Departamental del acusado, y corresponderle en ese caso, por disposición expresa de la ley, conocer del negocio en primera instancia al propio Tribunal. Tal fue el motivo para que éste dictara inmediatamente después el auto materia de la consulta.

El señor Procurador estima que antes de examinarse en el fondo esta providencia, debe subsanarse la irregularidad en que incurrió el Tribunal, al no dar al acusador el traslado que ordena el artículo 1788 del Código Judicial para formalizar la acusación. Pero si se tiene en cuenta que ese traslado ya había sido corrido por el Juzgado, que el acusador había formalizado efectivamente en su acusación, como se ha visto, conforme a lo pertinente de ésta, arriba transcrito, y que al Tribunal sólo le correspondía hacer estrictamente lo que hizo, es decir, revocar el auto como lo revocó, y entrar a calificar por su parte el informativo si lo consideraba perfeccionado, es indudable que no había necesidad de correr nuevamente un traslado que ya se había surtido, ya que esto implicaría un formalismo tan riguroso que, al desarrollarlo de esa manera, llevaría hasta la exageración.

No existe, pues, en realidad, la incorrección apuntada por el señor Procurador, y es el caso, por lo mismo, de entrar a estudiar en el fondo el auto apelado.

Sostiene en este auto el Tribunal que no se le puede deducir al acusado cargo por injurias o calumnia, de conformidad con la acusación formulada, por cuanto que el hecho de rendir una declaración como la que rindió López, con la plenitud de las fórmulas del procedimiento, hace que jurídicamente, y en armonía con la estructura de nuestra ciencia procesal, tal cargo quede comprendido más bien bajo la denominación de **testigos falsos: perjuros**, de que trata el Código Penal en su capítulo XII, Título VII, del Libro II. Al respecto se extiende en algunas consideraciones encaminadas a la conclusión del sobreseimiento, por estimar que, erigido como está en delito el hecho de adulterar la verdad, no se puede afirmar que una disposición testimonial, rendida en juicio, entraña otro delito distinto del de perjurio.

Por su parte el señor Procurador se expresa así sobre el particular:

"Yo considero que a una persona que es llamada a declarar en juicio criminal sobre hechos que le constan o sean del dominio público, respecto de otra persona, bien sea para comprobarle un cargo de responsabilidad sobre esos hechos, o bien para demostrar la verdad de la imputación que de ellos le ha hecho otra, no puede la ley hacerlo responsable de delitos de calumnia e injuria, porque de lo contrario se llegaría a la conclusión de que nadie podría declarar sobre los hechos que otro ha ejecutado o sobre la mala conducta de un sindicado, sin riesgo de hacerse reo de tales delitos, y se destruiría así el medio de la prueba testimonial, que en tales casos puede ser única, o por lo menos de absoluta necesidad. Ello envolvería una grave injusticia, que la ley no puede acoger, si a la vez que habiendo instituido ella ese medio de prueba para acreditar ciertos hechos sujetos al dominio de los sentidos, hiciera responsable al testigo de calumnia o injuria por haber declarado que una persona cometió tal o cual delito, o que es de mala conducta por

razón de intemperancia habitual en el uso de licores embriagantes, de incontinencia en el uso de mujeres, de impenitencia en juegos prohibidos, o por cualquiera otra razón demostrativa de conducta relajada y vergonzosa.

"Por eso la ley ha erigido sabiamente en delito el hecho de declarar falsamente un testigo, y para quien tal hiciere, le tiene señalada su sanción. El testigo, al declarar sobre hechos por que es preguntado, hace afirmaciones que en otros casos pudieran constituir calumnia o injuria, pero que hechas en el acto de rendir el testimonio, salen de estas denominaciones, porque a hacerlas lo ha llamado la ley de manera obligante, exigiéndole que diga bajo juramento, y con verdad, lo que sepa respecto de los hechos ejecutados por la persona contra quien declara. El testigo no hace en este caso imputaciones, ni irroga ofensas, ni difama a la persona, ni divulga vicios privados de ella, ni oprobria o vilipendia, sino que auxilia a la justicia con su testimonio para acreditar la verdad de la imputación que la sociedad o una persona interesada la ha hecho a determinada. Si falta a la verdad en su declaración, será perjurio, pero no calumniador ni injuriante.

"Empero, hay un caso en que el testigo puede incurrir en injuria al rendir su declaración: es cuando apartándose de lo que propiamente constituye el dar testimonio sobre lo que ha visto u oído, entra en conceptos personales respecto de la persona contra quien está declarando, para juzgar su personalidad moral por su cuenta. Es porque el funcionario no lo ha llamado en nombre de la ley a emitir conceptos difamatorios, no a oprobriar o vilipendiar a una persona, ni a ofender su honor, su crédito o su dignidad, sino a que declare sobre hechos que le consten por haberlos visto ejecutar u oído referir, o sobre palabras que haya oído pronunciar.

"Y esto último ocurre en el caso que se estudia respecto de la última parte de la declaración transcrita, y que vuelvo a copiar:

"Por sus malos procederes en la política y en el Gobierno del Departamento últimamente—dice—estoy seguro que las frases señaladas como injuriosas en el auto de proceder, dictado contra el doctor Del Hierro en este asunto, no pueden originar un menosprecio, una depresión de la honra o una ofensa para el doctor Puertas, cuya buena reputación está bajo cero, y no puede deprimirse más."

"Aquí el declarante tomó los hechos sobre que se le llamó a dar testimonio para calificar por su cuenta la reputación del doctor Puertas, y ofenderla, manifestando que está bajo cero, y que es susceptible de mayor depresión, porque en su concepto no vale nada. Y como esto sí constituye una ofensa hecha voluntariamente por López a la propiedad moral del doctor Puertas, puesto que en su condición de testigo no era llamado a calificar la conducta de este señor, ni el valor de prestigio o desprestigio que tuvieran las imputaciones que el doctor Del Hierro le había hecho, considero que López ha incurrido en el delito de injuria al rendir su declaración."

Ante todo debe observarse que, de conformidad con las constancias del informativo, y habida consideración de lo que estatuye el artículo 744 del Código Penal, el hecho o hechos delictuosos de que se acusa al señor López, serían constitutivos de calumnia e injurias pri-

vadas—en la hipótesis de que tales hechos se consideren efectivamente como calumnia e injurias—y no públicas, porque ellos no encajan dentro de las condiciones exigidas por la ley para que puedan caracterizarse como calumnia e injuria públicas, ya que no fueron realizados por medio de papeles impresos, litografiados o grabados, por carteles o pasquines, por manuscritos comunicados a más de diez personas, o por palabras proferidas en público delante de una reunión que no sea propiamente de familia. De suerte que, aun por este aspecto, la acusación no podría prosperar, y sería el caso del sobreseimiento por el aspecto indicado, es decir, por la calumnia o injurias públicas, porque por éstas y no por otras se formuló y formalizó la acusación.

Pero la Sala no estima que tampoco se trata de calumnia e injurias privadas, según la tesis del señor Procurador, porque si, como éste dice, los conceptos emitidos por López en su declaración afectan el honor, el crédito, o si se quiere la dignidad del doctor Puertas, y tales conceptos no corresponden a la realidad, es decir, son mentirosos, extraños a la verdad, en una palabra, falsos, el camino legal a seguir sería el apuntado por el Tribunal, o sea la responsabilidad exigible por el delito de testimonio falso en una declaración rendida bajo juramento. Esto porque, como muy bien expresa el señor Procurador, “el testigo, al declarar sobre hechos por que es preguntado, hace afirmaciones que en otros casos pudieran constituir calumnia o injuria, pero que hechas en el acto de rendir el testimonio, salen de estas denominaciones, porque a hacerlas lo ha llamado la ley de manera obligante, exigiéndole que diga bajo juramento y con verdad lo que sepa respecto de los hechos ejecutados por la persona contra quien declara.” Conclusión que en el asunto que se estudia, se refuerza más, si cabe, teniéndose en cuenta que López fue llamado a declarar precisamente sobre la personalidad del doctor, no sobre cosas que giraran alrededor de Puertas sino sobre él mismo, lo que le dio margen para afirmar en exposición juramentada lo que afirmó. Hubiera sido esto en otras circunstancias y se le hubiera llamado a rendir su testimonio sobre hechos no atañaderos a determinada persona, sino que simplemente se relacionaran directa o indirectamente con ella, y entonces sería quizás el caso planteado por el señor Procurador; pero como no fue así, sino que, se repite, la declaración versó, porque así lo exigía la índole misma del asunto, sobre la personalidad moral del doctor Puertas, según el concepto directo y personal que al respecto tuviera el declarante, es indudable que de lo que se trata no es del delito de calumnia e injuria en ninguna de sus formas, sino de testimonio falso, caso de comprobarse los elementos de este delito.

Siendo esto así, como lo es, el sobreseimiento decretado es procedente y legal, y debe confirmarse.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la providencia que ha sido objeto de la apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas.
Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, treinta de marzo de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

El Tribunal Superior de San Gil, en fallo de fecha doce de abril del año próximo pasado, confirmó el pronunciado por el Juez 1° Superior de ese Distrito Judicial, en el cual se condenó a Rosendo Pimiento, en desarrollo del veredicto pronunciado por el Jurado de calificación, y como responsable de homicidio voluntario en la persona de Jorge Matéus Becerra, calificada la responsabilidad en el segundo grado, a la pena principal de nueve años de presidio y a las accesorias que ordena la ley.

Contra el fallo del Tribunal interpuso casación el condenado, por medio de memorial bastante deficiente en su forma y fondo; mas, como por fortuna, el señor Procurador se encargó de ampliar y desarrollar la causal propuesta, o sea la primera, de acuerdo con lo que dispone el artículo 6° de la Ley 118 de 1931, existe mérito para un estudio detenido.

Para calificar en segundo grado la responsabilidad, se tuvo en cuenta lo que el Juez de primera instancia expuso en su sentencia, así:

“Militan contra el acusado dos agravantes: la falta de móvil que explique su acción; pues como lo dice la Corte Suprema en su sentencia de diez y ocho de febrero de mil novecientos veintiséis, el hecho de que el móvil sea desconocido, fútil o innoble, es circunstancia agravante, que el Juez de derecho debe tener en cuenta; y la fuga de Pimiento durante su prisión preventiva, que efectuó ‘escalando el paredón del calabozo en que dormía,’ según informe del Director de la Cárcel de este Circuito (folio 41); fuga que, aparte de la responsabilidad que pueda acarrearle, constituye un motivo de especial agravación, al tenor del ordinal 11 del artículo 117 del Código Penal.

El Juzgado le abona a Pimiento, como atenuantes, su menor edad y la buena conducta anterior; pues si bien es cierto que varios testigos que declararon durante el plenario afirmaron que el reo es individuo de malos antecedentes, tales afirmaciones, que son un mero concepto desprovisto de hechos positivos que lo respalden, no puede invalidar el *nemo praesumitur malus nisi probetur*.

El recurrente atacó sólo una de las agravantes mencionadas, o sea la mala conducta anterior, y para fundar esa tacha, dijo con censurable laconismo lo siguiente:

“En el caso de estudio, el señor Juez de la primera instancia violó el artículo 117 del Código Penal, ordinal 11, por cuanto que consideró como mala conducta la circunstancia de que yo me hubiera fugado de la cárcel, lo cual sólo indica que yo ejecuté un acto lícito, comoquiera que buscar la libertad es uno de los derechos naturales que todo hombre lleva impreso en su corazón, máxime si como yo, soy inocente.”

Por su parte, el Procurador expuso:

“En los términos del numeral 11 del artículo 117 del Código Penal, lo que constituye causa de circunstancia agravante es la mala conducta observada por el reo antes de cometer el delito o durante el arresto, detención o prisión que haya sufrido cuando se le seguía el proceso,

"No se puede confundir la fuga con esa mala conducta. La fuga es un delito que tiene su clasificación y pena específica. De donde resultaría que agravarle la pena a un reo por haberse fugado, y luego castigarlo por esa fuga, equivaldría a castigarlo dos veces por la misma falta.

"Por lo demás, un detenido puede ser de conducta ejemplar durante su detención, y sin embargo, cometer el delito de fuga. De manera que la comisión de este delito no implica necesariamente la mala conducta de que habla la ley como circunstancia agravante. Son dos entidades jurídicas distintas."

Se considera:

En algunas legislaciones no existe el delito de fuga, porque se considera que el amor a la libertad y a la propia conservación, constituye un sentimiento tan natural en el individuo, que la ley no puede erigir en delito ningún acto que, no teniendo en sí el carácter de delictuoso, tienda a obtener o procurarse la libertad del que la ha perdido.

Aun en nuestro Código Penal, no toda fuga se considera como delito, lo que sucede cuando se verifica sin que medie escalamiento, fractura o violencia, según el inciso 2º del artículo 284 del Código Penal.

El detenido o preso que apela a la fuga, no es un individuo antisocial, ni despierta por tal motivo aversión, como sí la despierta el que observa mala conducta; de ahí que estas dos situaciones, como lo anota el señor Procurador, no se puedan confundir, pues que agravarle la pena a un delincuente que se evade, y luego castigarlo por esa fuga, equivaldría a sancionarle dos veces por la misma falta. Aun más: puede suceder en el presente caso que se le absuelva por la fuga, y no obstante, ya se le ha considerado como circunstancia agravante, lo que constituye un absurdo.

La mala conducta que como agravante establece el ordinal 11 del artículo 117 del Código Penal, tiene, por tanto, un alcance distinto: se refiere a la ejecución de actos, debidamente establecidos, que traigan trastorno social y que pongan de manifiesto antecedentes reprobables. De suerte que los reparos que se presentan contra esta agravante de la mala conducta, deducida por los Jueces de instancia, son fundados.

En cuanto a la otra circunstancia agravante o sea "la falta de móvil que explique su acción," la combate el señor Procurador así:

"Una cosa es la falta de móvil en el hecho criminoso, y otra muy distinta que ese móvil no se conozca. Todo delito obedece a un móvil. Si ese móvil no existe, el agente de ese delito es un irresponsable, y sale de la esfera de toda responsabilidad. Lo que pasa es que toda violación de la ley se presume voluntaria y maliciosa, y mientras que no se demuestre que el agente es un irresponsable debe castigarse. Pero de que el investigador o el Juez no hayan podido averiguar con claridad cuál es el agente debe soportar una reaggravación de su responsabilidad."

Se considera:

La acusación por este aspecto también es fundada. En efecto:

La falta de móvil sólo puede presentarse en delincuentes enfermos de la mente, es decir, de irresponsables; en los demás, lo que pasa es que por ser el motivo una

circunstancia de carácter psicológico, no siempre puede descubrirlo la autoridad; mas esa ausencia de aclaración en el proceso no quiere decir que el móvil no exista o falte.

Lo que generalmente debe servir para calificar la mayor o menor gravedad en el obrar delictuoso, no es que el móvil se desconozca, sino en que éste sea más o menos antisocial, más o menos noble, o bajo o repugnante; y no hay duda que cuando se trata de un delito que revisita la mayor gravedad por los caracteres de maldad o ferocidad con que se haya ejecutado, el motivo o móvil es entonces una evidencia adecuada del carácter del delincuente. Mas cuando el hecho ejecutado, como en esta ocasión, no revistió esos caracteres, no hay por qué buscar la interpretación más desfavorable para el acusado, al valorar el móvil que lo hubiera llevado a delinquir.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia del Tribunal, y en su lugar condena al procesado Rosendo Pimiento, en armonía con el veredicto del Jurado, dando aplicación al artículo 600 del Código Penal, y calificada su responsabilidad en tercer grado, a la pena principal de seis años de presidio, que cumplirá en la penitenciaría que designe el Gobierno.

En lo demás, o sea en lo que se refiere a las condenas accesorias, queda en pie el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas.
Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, junio cinco de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

En el juicio de deslinde y amojonamiento de la hacienda de San Sebastián del Pantano, promovido por Rafael Enríquez, el Tribunal Superior de Cartagena dispuso, con fecha once (11) de agosto de mil novecientos veintisiete (1927), que se diera "traslado del negocio por tres días a cada uno de los dueños de los predios colindantes," como venía ordenado en auto dictado desde el veintitrés (23) de mayo de mil novecientos veinticuatro (1924).

Tal providencia, aunque se notificó a los interesados, no pudo cumplirse en su totalidad, o sea surtiendo el traslado en la forma que prescribe el artículo 1º de la Ley 105 de 1890, porque el actor no suministró papel, según se lee en la nota marginal (del folio 116 vuelto, cuaderno número 7), puesta por el Secretario el seis (6) de noviembre de mil novecientos veintiocho (1928). Desde esta fecha el negocio estuvo paralizado, no sólo por la mencionada falta de papel, sino por la ausencia completa de toda gestión escrita del demandante, propia para la continuación del juicio. Esta situación se mantuvo hasta el veintisiete (27) de mayo de mil no-

vecientos treinta (1930), en que el doctor J. A. Gómez Recuero, como apoderado de algún colindante, pidió que se declarara caducada la instancia y se archivara el expediente, de conformidad con el artículo 54 de la Ley 105 de 1890. El Tribunal accedió a lo pedido en auto de cinco (5) de junio de mil novecientos treinta (1930), el cual se notificó en papel común, a falta de sellado, de acuerdo con el inciso 2° del propio artículo 54 de la Ley 105.

El apoderado del actor pidió revocación de la providencia o apelación en subsidio. Se negó la primera y se accedió a la segunda, por lo cual vino el negocio a la Corte, en donde, previa la sustanciación legal, se procede a decidir el recurso.

Dice el apelante que no era necesaria ninguna gestión de parte suya, porque incumbía al Secretario el cumplimiento de lo ordenado sobre el traslado, y porque si faltaba papel, el Secretario había podido dejar en el expediente la constancia respectiva de su entrega en la misma hoja en que se hicieron las notificaciones, o en alguna otra de la actuación posterior.

Cabe observar, ante todo, que en la primera de las hojas citadas no hay espacio utilizable ninguno, ni tampoco en las posteriores que contiene una actuación relativa a sustitución de un poder de uno de los demandados, excepto el reverso del edicto en que se notificó el reconocimiento del sustituto, reverso en el cual no hay ciertamente costumbre de actuar. Pero hubiera o nó espacio utilizable, cosa que en verdad nada tiene que ver con el problema en discusión, es lo cierto que el artículo 54 de la Ley 105 de 1890 no exige para evitar la caducidad de la instancia, que el demandante haga gestiones necesarias, sino gestiones **propias**, es decir: adecuadas, o a propósito, para adelantar el juicio y sacarlo, en una palabra, del estado de paralización en que llegue a encontrarse. Y es claro, absolutamente claro, que un memorial del demandante dirigido al Magistrado sustanciador pidiéndole que ordenara lo que ahora alega que pudo hacer el Secretario, habría sido propio, adecuado o a propósito para la prosecución del juicio, evitando así la caducidad. Si se pretendiere que el actor sólo está obligado a hacer las peticiones estrictamente necesarias, no habría nunca o casi nunca lugar a decretar la caducidad, aunque el actor abandonara el juicio por muchos años, pues siempre podría alegarse que el adelantamiento del proceso dependía de una actividad del Secretario o de una providencia del Juez, dado que éste tiene obligación de adelantarle de oficio, según lo prescrito en el artículo 495 del Código Judicial. Abrir la causa a prueba, conferir traslado para alegar, señalar día para una diligencia, citar para sentencia, son cosas cuya petición no es indispensable por lo que va dicho ya de que el Juez debe hacerlo de oficio, pero si es una **petición propia** para que el juicio avance, para que no continúe detenido. Es que el actor, obligado como está a continuar el juicio que ha promovido, debe lógicamente obrar hasta contra la incuria misma de los funcionarios ante quienes actúa. Para eso tiene plazo hasta de un año, que no es poco plazo para cumplir esa obligación. Además, la Corte tiene ya jurisprudencia sobre el particular, como aparece del siguiente extracto de la sentencia de ocho (8) de abril de mil novecientos veinticuatro (1924), que trae la *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 3°, página 831, número 3625:

"La sanción de caducidad de la instancia por abandono del actor (artículo 54 de la Ley 105 de 1890), puede aplicarse, o mejor dicho, puede ocurrir en **cualquier estado del juicio**, y el Juez la dicta de plano en virtud del informe del Secretario. La ley no hace ni podía hacer distinción al respecto porque los preceptos legales que determinan la actuación que compete al Juez en cada momento del juicio, se refiere a la dirección y marcha del proceso, y no excluyen las actividades de las partes, pues de lo contrario, habiendo en cada momento del juicio un período próximo del que debe determinarse por un acto del Juez, quedarían las partes libres de sanción por su descuido en impulsar los juicios."

Y en otro pasaje de la misma sentencia, extractado bajo el número 399 de la misma obra y tomo, dice: que la caducidad puede declararse **aun cuando el juicio se halle en estado de dictar auto de apertura a prueba**, o en cualquier otro estado de la instancia.

Otra objeción formula el apelante contra el auto recurrido: que el juicio de deslinde y apeo es de jurisdicción voluntaria y a los de esta naturaleza no se les puede aplicar la sanción de la caducidad.

La Corte disiente de este concepto, y se funda en que el expresado juicio, aun en su primera etapa, entraña contradicción o controversia, desde luego que los demandados pueden oponerse a la demanda misma alegando que el actor no colinda con sus predios, sosteniendo una línea diversa de la pretendida por el actor y oponiendo en fin las excepciones dilatorias de que habla el artículo 463 del Código Judicial, y la de cosa juzgada que también es susceptible de presentarse como dilatoria. No hay para qué hablar de la segunda etapa del juicio, que tiene lugar cuando se establece oposición al deslinde practicado y se abre la puerta al juicio ordinario.

En esta instancia el apelante sostiene una tesis más extensa todavía: que la caducidad no puede aplicarse nunca a un juicio de deslinde, ni aun estando en el estado de juicio ordinario. Para fundamentarla dice que conforme al artículo 900 del Código Civil, el derecho de todo propietario a que se fijen los límites que separan su predio de los de los colindantes, es un derecho que nace a cada instante, que está naciendo de continuo, y que por consiguiente la caducidad no puede afectarlo temporal ni definitivamente por el mismo hecho de su permanente nacimiento.

Entiende la Sala que el derecho que surge de la existencia o advenimiento del hecho que lo engendra, es permanente, y no requiere estar naciendo porque lo nacido una vez no necesita nuevo nacimiento, a menos que también estuviese feneciendo a cada instante; de suerte que para ella (para la Sala) no es aceptable que la caducidad no cobije al actor o proponente del deslinde, cuando después de propuesto abandona el juicio por más de un año.

Que la acción de deslinde sea, en concepto del demandante, un acto de mera facultad y que no dé fundamento a prescripción alguna, no es motivo para la conclusión que de allí deriva, porque no es aceptable ni compatible con las garantías generales del derecho que un individuo—mediante la promoción de una demanda que no avanza jamás, porque el mismo la detiene—pueda someter a los vecinos o colindantes al perjuicio que les acarrea una situación en que queda planteada la incertidumbre acerca de la extensión de sus predios, incertidumbre con la cual pierden éstos o pueden perder

mucho de su valor venal. Precisamente que para evitar ese perjuicio ha venido la ley a establecer la sanción, que bien puede llamarse tutelar, de la caducidad de la instancia y de la acción en los juicios contenciosos.

Dice el apoderado del apelante, que hay oposición entre el principio sustantivo que contiene el artículo 900 del Código Civil y el artículo 54 de la Ley 105, y que por ello debe preferirse el primero en su aplicación, pero a esto observa la Corte que este último artículo es también un precepto sustantivo, especial y posterior a aquél, que no deja de serlo porque se halle en el Código de Procedimiento. Sabido es que tanto en este como en el Código Civil existen disposiciones de una y otra índole.

De todo lo cual resulta que la imprescriptibilidad que el apelante le atribuye a la acción de deslinde, no se opone a su caducidad en los precisos términos del artículo 54 de la Ley 105 de 1890. Son dos órdenes de ideas distintas: el de la prescripción y el de la caducidad, especialmente cuando ésta se erige como sanción a la incuria y al abandono del actor.

Por las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor Procurador de la Nación, confirma el auto apelado.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

LUIS F. ROSALES — Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

En el escrito que antecede solicita el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, apoderado sustituto de Rafael Henríquez, que se revoque el auto de esta superioridad (junio 5 de 1931), en virtud del cual fue confirmado el del Tribunal Superior de Cartagena, de 5 de junio de 1930, que declaró caducada la instancia en el juicio de deslinde y amojonamiento del predio de El Charcón o San Sebastián del Pantano.

Ante todo, la Sala reafirma el concepto, expresado en el auto que se reclama, de que el artículo 54 de la Ley 105 de 1890 no exigía para evitar la caducidad, que el demandante hiciera gestiones necesarias sino gestiones propias, es decir, adecuadas o a propósito para adelantar el juicio y sacarlo así del estado de paralización en que llegare a encontrarse. Si se pretendiere, agrega el auto en referencia, "que el actor sólo está obligado a hacer las peticiones estrictamente necesarias, no habría nunca o casi nunca lugar a decretar la caducidad, aunque el actor abandonara el juicio por muchos años, pues siempre podría alegarse que el adelantamiento del proceso dependía de una actividad del Secretario o de una providencia del Juez, dado que éste tiene obligación de adelantarlos de oficio, según lo prescrito en el artículo 495 del Código Judicial. Abrir la causa a prueba, conferir traslado para alegar, señalar día para una diligencia, citar para sentencia, son cosas cuya petición no es

indispensable por lo que va dicho ya de que el Juez debe hacerlo de oficio, pero si es una petición propia para que el juicio avance, para que no continúe detenido. Es que el actor, obligado como está a continuar el juicio que ha promovido, debe lógicamente obrar hasta contra la incuria misma de los funcionarios ante quienes actúa. Para eso tiene plazo hasta de un año, que no es poco plazo para cumplir esa obligación."

Fue esta una de las razones con que la Sala rebatió la argumentación del recurrente al sostener que su parte no estaba obligada a hacer gestión ninguna por escrito, porque incumbía al Secretario cumplir el auto que ordenó un traslado en el juicio. En presencia de aquella razón, no encuentra la Sala justificada la afirmación del reclamante de que sus argumentos, por ese aspecto, no fueron contestados, siendo así que fue dicho reclamante quien guardó silencio acerca de esta tesis de la Corte, consagrada ya en decisiones anteriores.

La otra objeción del apelante, o sea la de que el juicio de deslinde o apeo es de jurisdicción voluntaria y por ello no puede aplicársele la sanción de caducidad, es punto que la Sala pasa nuevamente a examinar.

El artículo 29 de la Ley 100 de 1892 disponía que la referida sanción era inaplicable "a los juicios de sucesión y de partición de bienes, y en general, a los que se siguen con simple jurisdicción voluntaria...."

La cuestión, por tanto, se reduce a determinar si el de deslinde o apeo pertenece o no a la jurisdicción nombrada.

Un nuevo y detenido estudio sobre la materia hace que la Sala se pronuncie por la afirmativa, rectificando así el concepto emitido en el auto reclamado.

De acuerdo con el artículo 147 del Código Judicial anterior, aplicable por ministerio del 1228 del vigente, jurisdicción voluntaria es la que se ejerce en asuntos que requieren una decisión judicial, pero que no constituyen controversia, a diferencia de la contenciosa, que es aquella en que hay contradicción o controversia que se decide por una sentencia.

En el juicio especial de deslinde, el Juez realiza un acto jurídico, o sea el señalamiento de la línea que separa dos o más predios colindantes entre sí, en virtud del derecho que a sus dueños otorga el artículo 900 del Código Civil.

Allí el Juez no condena a una de las partes o absuelve a la otra, que es la característica de las decisiones con que finaliza un asunto contencioso. Si alguno de los interesados objeta la línea señalada o la demanda misma de deslinde (punto a que en esta actuación no se ha llegado todavía), entonces se plantea una verdadera controversia que la justicia ha de soltar en fallo que produce la cosa juzgada. Así se desprende de lo prescrito en el artículo 272 de la Ley 105 de 1890, conforme al cual si hubiere contradicción por parte de alguno de los interesados, ya respecto del deslinde practicado, o ya respecto de la demanda misma de deslinde, el punto se ventilará en juicio ordinario, en que el contradictor se considerará como demandante sin perjuicio de que el deslinde practicado se apruebe y lleve a efecto en los términos del artículo 1312 del Código Judicial, en la parte que de él no haya sido contradicho u objetado.

De todo lo cual se sigue que el deslinde o apeo no envuelve una cuestión contenciosa, en el sentido propio de la palabra, porque la que puede surgir de la oposición a la línea que se trace o a la demanda misma, debe ventilarse y decidirse en el juicio—ese sí contradictorio—que prevé la disposición antes transcrita.

Es verdad que en el juicio de deslinde se pueden oponer excepciones dilatorias, pero esto no es bastante para graduarlo de asunto contencioso. En el juicio de partición de bienes comunes puede el demandado oponerse a la demanda, y sin embargo, el mismo artículo 29 de la Ley 100 de 1892 lo pone al abrigo de la caducidad de la instancia. Es porque si alguno se oponía, el juicio ordinario que con él debía seguirse (Código Judicial anterior, artículo 1297), ya no era sobre división de la cosa, sino sobre si había o no lugar a efectuarla.

Lo expuesto es suficiente para concluir que al juicio de apeo, por ser de simple jurisdicción voluntaria, no puede aplicarse la sanción de la caducidad de la instancia, y por tanto la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, revoca el auto de 5 de junio de 1930, dictado por el Tribunal de Cartagena, y en su lugar dispone que el juicio siga su curso legal.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

LUIS F. ROSALES—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis F. Rosales).

Vistos:

El Administrador de la Aduana de Barranquilla, en uso de la jurisdicción coactiva de que está investido, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra Escipión Mosquera & Compañía, por la cantidad de quinientos tres pesos treinta y tres centavos oro legal, como valor de los derechos de importación causados por dicha Compañía. El demandado Mosquera, propuso la excepción de pago ante dicha Administración, y tramitada ésta ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, esta corporación falló el incidente por sentencia de veintiocho de abril del corriente año, declarándola no probada. Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación el excepcionante, y concedido que le fue, ha subido el expediente a esta Sala de la Corte, en donde, previa la tramitación legal, se procede a decidir.

El excepcionante fundó la excepción en el aviso de liquidación número 81885, de 30 de noviembre de 1929, por valor de \$ 503.33, el cual aparece cancelado el 7 de febrero de 1930, por el señor M. Carrillo R., Cajero Auxiliar de la Aduana, pero es lo cierto también que el señor Carrillo R. ha desconocido su firma y puesto el correspondiente denuncia de falsificación ante el Juzgado 1° de Circuito.

Consta asimismo como resultado de la inspección practicada por el Tribunal pleno a las oficinas de la Aduana, que la papeleta rosada correspondiente al aviso de liquidación número 81885, se halla original y sin cancelar;

que está sin cancelar dicho comprobante en el libro de Registro de Rentas por cobrar, y que en el libro de Caja no aparece pagada la suma que se cobra y al cual se refiere tal comprobante. Es, pues, un hecho que ese aviso de liquidación no ha sido pagado a la Aduana, es decir, que su importe no ha entrado a las arcas de la Nación. El señor Carrillo, por su parte, niega haber recibido su importe, y a ese respecto es muy dicente su declaración que obra a folios 10 vuelto y 11 de la citada demanda de excepción.

Es pues un hecho evidente que el importe de los derechos liquidados está sin cancelar, toda vez que en los libros de la Aduana no aparece asiento de ninguna especie que demuestre la entrada de dichos impuestos, y que el documento presentado por el excepcionante como base de su excepción, carece de valor probatorio, ya que el Cajero Auxiliar de la Aduana ha desconocido su firma y los consiguientes asientos que debieran figurar en los libros de dicha oficina no aparecen para respaldarlo. El fallo del Tribunal es, a este respecto, jurídico, y así habrá de declararlo la Corte.

El señor Procurador General de la Nación es de concepto que el fallo debe ser confirmado, y se apoya en un análisis lógico y jurídico de los documentos presentados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del Procurador General de la Nación, confirma en todas sus partes la providencia apelada, y dispone que ese fallo y la vista de fondo del señor Agente del Ministerio Público, pasen en copia a la autoridad que investiga los hechos para lo de su cargo.

Con costas a cargo del apelante.

Cópiese y notifíquese; insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente devuélvase el expediente al Tribunal de donde procede.

LUIS FELIPE ROSALES—Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

(Volumen 3°)

Extractada, compilada, y anotada por

FERNANDO GARAVITO A.,

Relator de la Corte.

Años de 1919-1926, inclusive.

Esta importante obra de más de mil páginas, precedida de una nota sobre Tecnicismo jurídico y seguida de una lista de las disposiciones que han sido declaradas inexecutable por la Corte Suprema desde 1919 hasta 1928, está a la venta en la Imprenta Nacional a \$ 5-50 el ejemplar en rústica.

Imprenta Nacional

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXIX

Bogotá, febrero 1° de 1934.

Número 1884

Director, FERNANDO GARAVITO A.,
Relator de la Corte.

SALA DE CASACION CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero veintinueve de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Felipe Duque denunció como baldío, y pidió la adjudicación de un terreno situado en Puerto Berrio, Departamento de Antioquia.

La Sociedad denominada **Sociedad Agrícola y de Inmigración**, por medio de sus representantes, se opuso a que se hiciera esa adjudicación, y pasadas las diligencias administrativas al Juez respectivo, falló la oposición así:

“Declárase improcedente la demanda de oposición incoada por el señor Francisco de Villa, en su carácter de Vicepresidente y Liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración. En consecuencia, no es el caso de hacer las declaraciones pedidas por dicho señor en el libelo presentado por éste en contra de Germán Duque, con relación al terreno denominado **La Aurora**, y, por tanto, se absuelve al demandado de los cargos formulados en dicho libelo.

Reconócese la existencia de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor.

Ejecutoriado que sea este fallo, devuélvase el expediente a la Gobernación para los fines legales.”

Apelada esta decisión por parte de la Compañía, el Tribunal de Medellín resolvió el litigio en estos términos:

“1° Se revoca la sentencia apelada, en cuanto se declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería del actor señor Francisco de Villa.

“Se confirma la misma sentencia en cuanto no se accedió a hacerse las declaraciones solicitadas por el señor Francisco de Villa, en su carácter de Vicepresidente, de socio y de Liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, y en cuanto se dispuso que el expediente volviese a la Gobernación para los fines legales.

“Por fundarse este fallo en razones distintas de las que adujo el señor Juez, no es el caso de condenar en costas a la parte apelante.”

La Compañía interpuso recurso de casación, que se admite y estudia.

Se acusa el fallo en primer término por la segunda causal de casación, y se hace consistir en que el Tribunal no falló la petición marcada con la letra A, que dice:

“Que el demandado debió de hacer de nuevo el denuncia, en su propio nombre, y que por no haberlo hecho, no debió admitirse por la Gobernación, ni puede adjudicársele el terreno que pretende.”

La sentencia dice en su parte pertinente:

“Se confirma la misma sentencia en cuanto no se accedió a hacerle las declaraciones solicitadas por el señor Francisco de Villa, en su carácter de Vicepresidente, de socio y de Liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, y en cuanto se dispuso que el expediente volviese a la Gobernación para los fines legales.”

Si expresamente se dice “que no se accede a las peticiones solicitadas por la Sociedad,” se resolvió expresamente sobre la petición marcada con la letra A en la demanda, rechazándola por las razones expuestas en la parte motiva del proveído.

Respecto de la causal primera, el recurrente invoca varios extremos, que se irán estudiando en su orden.

Error de hecho. Se hace consistir en que el sentenciador asentó en su fallo que las cien mil hectáreas de tierras a que se refiere la Ley 63 de 1872, en parte, dicen relación, no a una porción determinada de baldíos, sino a una porción determinable, pero que todavía no se ha determinado, siendo así que en autos aparece el memorial del doctor Clímaco A. Paláu, apoderado de la Compañía, dirigido al Ministro de Obras Públicas el diez y nueve de mayo de mil novecientos once, en el cual manifestaba que tomaba las cien mil hectáreas a intervalos, a uno y otro lado de la vía férrea, delimitando dos lotes por los linderos allí mismo señalados.

Hubiera incurrido evidentemente el sentenciador en el error apuntado, si efectivamente ese memorial o copia de él, debidamente autenticada, hubiera venido a los autos; pero es el caso, que aunque en el cuaderno de pruebas del opositor aparece un memorial de pruebas, de fecha veinticuatro de abril de mil novecientos veintiséis, pidiendo se libre exhorto al señor Ministro de Industrias, es lo cierto que ese exhorto no se libró, y que la copia de ese memorial no aparece en los autos. Con sumo cuidado se buscó en el expediente esa prueba y no se halló.

No encontrándose en autos el citado memorial, conserva toda su fuerza la aseveración del sentenciador.

Con la razón expuesta se contesta el segundo reparo del recurrente, concebido así:

“Aquí quiso la sentencia darle aplicación al principio de que quien es primero en el hecho es primero en el derecho; pero no tuvo en cuenta un factor importantísimo, que se halla en el cuaderno de pruebas de la parte actora en el juicio, y por eso llegó la sentencia a una conclusión contraria a la que debió llegar. Ese factor es el memorial del doctor Clímaco A. Paláu, de diez y nueve de mayo del mil novecientos once, en que denunció al

Ministro de Obras Públicas las doscientas mil hectáreas de tierras baldías, y le pidió la adjudicación de ellas. No hay para qué decir que ese memorial se amoldó a las disposiciones pertinentes del Código Fiscal de 1873, que entonces regía; porque basta leer esas disposiciones para persuadirse de ello. Entre ellas se encuentran los artículos 901 y 904 de ese Código. De suerte que habiendo sido primero el denuncia de la Sociedad Agrícola y de Inmigración que el del señor Duque, porque ese primer denuncia tiene fecha diez y nueve de mayo de mil novecientos once, y el segundo se hizo en cinco de diciembre de mil novecientos veinticuatro, o sea algo más de trece años después, siguiendo la lógica de la sentencia y su razonamiento, la prelación le corresponde a dicha Sociedad y no al señor Duque, como desacertadamente, en mi opinión, lo dice la sentencia, al expresar que la prelación le corresponde a éste."

Puede tener razón el recurrente en su tercer reparo, porque, efectivamente, quien tenía que entregar los bonos era el señor Cisneros a la Compañía, pero no queda duda de que el Tribunal incurrió en ese error, trasportando los términos, es decir, que quiso afirmar que la Compañía no había dado la prueba de que Cisneros le hubiera entregado los bonos o títulos territoriales relativos a las cien mil hectáreas, para probar su derecho a esas hectáreas.

Así se expresa el fallo:

"Hubiera podido alegar la Sociedad Agrícola la preferencia por otro concepto, el de tener derecho a cien mil hectáreas de tierras baldías, a uno y otro lado de la vía férrea, en virtud de otra ley, la 18 de 1874, en la cual declaró el Congreso que, en vista del contrato celebrado entre el Departamento de Antioquia y el señor Francisco J. Cisneros sobre construcción del ferrocarril, y de que el Estado de Antioquia le había concedido cien mil hectáreas de terrenos baldíos a uno y otro lado de la vía, subsistiría esta concesión. Pero no habiéndose producido la prueba de que la Sociedad Agrícola hubiese entregado al señor Cisneros los bonos o títulos territoriales relativos a las cien mil hectáreas de que trata la Ley 18 de 1874, es forzosa la absolución de los demandados."

Suponiendo el error apuntado por el recurrente, la sentencia no podrá casarse, porque ella se apoya también en el fundamento de que las cien mil hectáreas de tierra no están determinadas, fundamento que subsiste, ya que el memorial del doctor Paláu no aparece de autos.

Ahora: considerando que el sentenciador traspuso los términos, que es lo natural, y entendido el párrafo en el sentido de que Cisneros no entregó los bonos a la Sociedad, fácil es comprender que la comprobación de ser la Sociedad dueña de esas hectáreas no aparece, pues no ha acompañado la prueba de que Cisneros le hubiera traspasado los bonos o los títulos relativos a esas cien mil hectáreas.

Considéranse violados los artículos del Título 40 del Código Civil, porque el sentenciador aplicó a los baldíos las disposiciones civiles que reconocen ciertas causas de preferencia, sosteniendo que ellas no aprovechan a los bonos de baldíos.

Efectivamente, es errada la aplicación de las disposiciones civiles sobre causas de preferencia a los terrenos baldíos, porque la adjudicación de éstos se rige por disposiciones especiales que en nada dicen referencia a las disposiciones civiles, pero ese error no es suficiente para infirmar el fallo, porque hay otro

fundamento en ese mismo párrafo de la sentencia, y es éste: "y por ello no puede dicha Sociedad oponerse a que la Nación enajene baldíos de la misma clase o género, mientras no compruebe que sólo quedan suficientes para la adjudicación a que tal Sociedad pueda tener derecho (artículo 1657 del Código Civil). Pero esa prueba no se ha dado en este juicio," fundamento no atacado en casación, mientras haya terrenos baldíos excedentes a los que puede tener derecho la Compañía, la Nación puede enajenarlos en su calidad de baldíos. Puede suceder también que el sentenciador haya errado al considerar que los derechos que alega la Compañía sean obligaciones de género, pero el fundamento anterior, que subsiste, sostiene el fallo.

Respecto del cargo señalado con el número 5º, basta recordar que no aparece de autos que la Sociedad haya determinado las zonas en que deben adjudicárseles las cien mil hectáreas, y por ello no se sabe si los terrenos denunciados por Germán Duque están dentro de la zona escogida por la Compañía. Lo mismo se dice para constatar el marcado con el número 6º

Respecto del cargo marcado con el número 7º, se observa:

Bien puede suceder que tratándose de los derechos de la Compañía no sean de aplicación las leyes generales sobre baldíos, sino las especiales que cedieron esos terrenos, pero como no han sido determinados, no se puede saber si dentro de éstos está el lote denunciado por Duque, y cuando ese caso acaezca, entonces sería tiempo de estudiar si a éste se le puede considerar como colono y a la Sociedad como dueña de esos terrenos, antes de que se le hubiera hecho la adjudicación definitiva.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha octubre veinticinco de mil novecientos treinta.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—El Conjuez, Manuel Casabianca—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo tres de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Pedro A. Flórez entabló ante el Juzgado del Circuito de Chinú, juicio ordinario, en representación de su esposa María del Carmen Gracia, contra los herederos universales del finado Pedro Angel Gracia, a saber: José Domingo, José Pío, Pedro Angel y Juan Nepomuceno Gracia, María del Carmen Gracia viuda de Espinosa, Manuela Rudesinda Gracia de Muskus y Zoila Gracia de Sagre, el tercero y el cuarto menores de edad y las dos últimas, mujeres casadas con Anselmo Muskus y Jorge Sagre. En la demanda se ejercitan estas acciones:

1º Que los demandados están obligados, en su condición de herederos universales de Pedro Angel Gracia, a pagar al demandante la suma de treinta y un mil doscientos cincuenta pesos oro americano, a título de

acreedor testamentario, de acuerdo con la cláusula 5ª del testamento del señor Pedro A. Gracia, que copiada a la letra, dice así:

"Declaro que soy deudor juntamente con mi hermano José Pío Gracia, por partes iguales, del señor Pedro A. Flórez, como marido legítimo de María del Carmen Gracia de Flórez, por la cantidad de sesenta y dos mil quinientos pesos (\$ 62,500) oro americano."

2ª Que en el caso de que no se considere como deuda testamentaria del causante Pedro A. Gracia, la confesión hecha por éste en la cláusula 5ª de su testamento, sus herederos universales indicados están obligados subsidiariamente a pagar al demandante la misma suma de treinta y un mil doscientos cincuenta pesos oro americano, en su condición de legatario, por constituir la confesión hecha en la mencionada cláusula 5ª del testamento, fechado el veintiséis de enero de mil novecientos veintiuno, un legado gratuito, que los herederos están obligados a pagar con los bienes que pertenecieron a la sucesión de Pedro A. Gracia, para cumplir con la última voluntad del testador.

3ª Que ya sea que se considere la confesión hecha por el testador en la referida cláusula como deuda testamentaria del causante Pedro A. Gracia, o subsidiariamente como un legado gratuito, en uno y otro caso los herederos antedichos están obligados a pagar al demandante la suma de treinta y un mil doscientos cincuenta pesos oro americano, por ser la mitad de la suma total que se confiesa deber, de los bienes que pertenecieron a la sucesión que representan, en la población de Sahagún, jurisdicción del Circuito Judicial de Chinú, seis días después de ejecutoriada la respectiva sentencia.

4ª Que como los expresados herederos ni el albacea, al tiempo de la liquidación de la sucesión de Pedro Angel Gracia, no cumplieron con la obligación legal de separar un lote o hijuela de los bienes pertenecientes a dicha sucesión, para cubrir al demandante la mitad de la suma que reza la cláusula testamentaria, tales herederos se han hecho acreedores a la responsabilidad que establecen los artículos 1343 y 1344 del Código Civil.

5ª Costas.

Se enuncian estos hechos como fundamentales del juicio:

1º En que en el testamento otorgado por el señor Pedro Angel Gracia, ya finado, que lleva fecha veintiséis de enero de mil novecientos veintiuno, se encuentra la cláusula 5ª, en la cual el testador, señor Gracia, se declaró lisa y llanamente deudor de mi poderdante Pedro A. Flórez, como marido legítimo de la señora María del Carmen Gracia de Flórez, por la mitad de la suma de sesenta y dos mil quinientos pesos oro americano, esto es, por la suma de treinta y un mil doscientos cincuenta pesos oro americano, y es esa cláusula, por tanto, una confesión explícita de la existencia de la obligación.

2º En que la confesión consignada en ese testamento, con relación a la existencia de la deuda a cargo del confesante, que lo es el testador, se debe tener como legado gratuito, en el caso de que llegue a confrontarse lo estatuido en el artículo 1191 del Código Civil, esto es, si no consta en un documento distinto al testamento, ni se encuentra su existencia en un principio de prueba por escrito.

3º En que si se considera como legado gratuito la confesión hecha en el testamento, ese acto de desprendimiento sólo obliga a los herederos de la persona que hizo

la asignación respectiva a título singular, y su cumplimiento corresponde a ellos, por estimárseles como continuadores de la persona del **de cujus**.

4º En que la obligación que reconoce el testador Pedro A. Gracia en su testamento no ha sido cumplida en todo ni en parte por persona alguna, y como se conserva en la plenitud de su validez, debe ser cumplida por sus herederos universales.

5º En que el finado señor Pedro A. Gracia no gravó con la obligación especificada en la cláusula 5ª de su testamento a ninguno de sus herederos universales en particular, ni a sus legatarios, circunstancia ésta que hace que se mire la tal obligación como carga de los herederos en común, que afecta la totalidad del acervo o masa de bienes dejados por el difunto.

6º En que como los acreedores testamentarios sólo pueden ejercer las acciones a que les da derecho el testamento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1417 del Código Civil, y como el derecho que le asiste a mi mandante, originario de la cláusula 5ª del testamento, no puede ejercitarlo contra persona determinada a quien el testador le hubiera impuesto en particular la carga de cumplir con la obligación por él confesada, puesto que el testador no designó esa persona dentro de sus herederos y legatarios, es el caso de que mi representado ejercite su acción contra los herederos universales instituidos en el testamento.

7º En que para el caso de que la confesión hecha por el testador en la cláusula 5ª del testamento, se estime no como deuda testamentaria sino como legado gratuito que conservará tal carácter en el supuesto de que no sea propiamente deuda del testador, mi poderdante tiene derecho semejante al de cualquiera de los otros legatarios instituidos en el testamento, para obtener que de los bienes de la sucesión se le pague el valor de su legado.

8º En que los señores José Domingo, José Pío, Pedro Angel y Juan Nepomuceno Gracia, María del Carmen (llamada también Carmelina) Gracia viuda de Espinosa, Manuela Rudesinda Gracia de Muskus y Zoila Rosa Gracia de Sagre, representadas las dos últimas por sus esposos legítimos, señores Anselmo Muskus y Jorge Sagre, respectivamente, son los herederos universales del finado señor Pedro Angel Gracia, por haberlos éste instituido así en su testamento, fechado el veintiséis de enero de mil novecientos veintiuno, y, por tanto, son ellos en conjunto los obligados a cumplir las obligaciones existentes contra la sucesión que representan, por haber aceptado la calidad de herederos, y deben también pagar los legados especificados en el testamento del causante, con los bienes que a éste le pertenecieron y que ellos heredaron.

9º En que los herederos ya relacionados se han negado a cumplir con el mandato del testador, circunstancia que obliga a mi representado a ocurrir al Poder Judicial demandando la efectividad de su derecho, que es originario del mismo testamento otorgado por la persona de cuya sucesión se trata, y por esta negativa temeraria deben ser condenados a pagar las costas de este juicio.

10. En que tratándose de la confesión sobre la existencia de una obligación de deber a cargo del confesante, hecha en el texto de un testamento cerrado, como lo es el del señor Pedro Angel Gracia, tal obligación, en el caso de no constar en otro documento distinto del acto testamentario, sólo vino a tener vida jurídica desde el día del fallecimiento del testador, pues desde esa fecha es

cuando puede decirse que el testamento produce sus efectos legales y jurídicos, motivo por el cual la obligación así reconocida, no debe identificarse con cualquiera otra obligación que, con anterioridad a la fecha de la muerte del testador, hubiera existido entre éste y mi mandante.

11. En que el señor Pedro Angel Gracia, autor del testamento de fecha veintiséis de enero de mil novecientos veintiuno falleció en la población de Sahagún hace más de un año, sin que hasta el presente se le haya pagado a mi mandante la suma que le corresponde en virtud de la cláusula testamentaria; y

12. En que el testamento del señor Pedro Angel Gracia, fechado el veintiséis de enero de mil novecientos veintiuno, que es el mismo que figuró en el juicio de sucesión que se liquidó ante ese Juzgado, se encuentra en la plenitud de su validez, por no haber sido revocado ni reformado en ninguna de sus partes legalmente, es decir, por otro acto testamentario.

Los demandados contradijeron las acciones.

El Juez los absolvió. El actor apeló. El Tribunal Superior de Cartagena, en sentencia de fecha cuatro de septiembre de mil novecientos veintinueve, confirmó la de primera instancia. La misma parte interpuso casación. El recurso es admisible.

Aunque hay dos demandas de casación, interpuesta la una ante el Tribunal y la otra ante la Corte, coinciden ambas en el fondo, y serán consideradas como una sola, basada en la primera causal de casación.

Primer cargo. Error de hecho evidente en la apreciación de la cláusula 5ª del testamento de Pedro Angel Gracia, otorgado en el Municipio de Sahagún el veintiséis de enero de mil novecientos veintiuno. Reza así la cláusula:

"Quinto. Declaro que soy deudor conjuntamente con mi hermano José Pío Gracia, por partes iguales, del señor Pedro A. Flórez, como marido legítimo de María del Carmen Gracia de Flórez, por la cantidad de sesenta y dos mil quinientos pesos (\$ 62,500) oro americano."

El actor en este juicio ha considerado que tal disposición testamentaria constituye un legado gratuito a su favor. El Tribunal, por el contrario, correlacionándola con ciertos antecedentes comerciales y civiles que se habían sucedido entre Pedro Angel y José Pío Gracia, por una parte, y su hermana María del Carmen Gracia, esposa del demandante Flórez, por otra, declara en su sentencia que "estando plenamente demostrado que el finado Pedro Angel Gracia y su hermano José Pío tuvieron relaciones comerciales y civiles con la señora María del Carmen Gracia de Flórez; que entre ésta y aquéllos existían, además, las relaciones de acreedora y deudores, conforme a la escritura pública número 103, de que se ha hecho mención y las pruebas documentales, como promesa de compraventa, recibos de abonos parciales que obran en los autos y la correspondencia epistolar, hay que afirmar que la confesión contenida en la cláusula 5ª del testamento no constituye un legado gratuito, sino una deuda hereditaria pendiente a la época en que se otorgó el testamento y que fue cancelada posteriormente. Claro se ve que hay no sólo un principio de prueba por escrito de la deuda confesada, sino la plena prueba de ella, conforme a los mencionados documentos, por lo cual no puede estimarse dicha confesión de la deuda como legado gratuito de éste."

Este fundamento de hecho aducido por el Tribunal lo acepta el recurrente en estos términos;

"El demandante ha reconocido desde el principio, con toda lealtad, que entre su mujer y el testador existieron relaciones de negocios, y aun deudas pendientes del testador con la mujer del actor, pero ha hecho especial hincapié en que tales deudas no tienen porqué confundirse con la confesada en el testamento con el ánimo de favorecerlo, porque son distintas; y si no lo fueran, el testador habría hecho constar en la cláusula, siquiera brevemente, la causa de su confesión."

Por otra parte, "no existiendo deuda pendiente entre el testador y su cuñado a la muerte del primero, su confesión a favor del último tiene que interpretarse forzosamente como un acto de pura liberalidad, al tenor de los artículos 1120 y 1191 del Código Civil, disposiciones que el Tribunal interpretó erróneamente."

Se considera:

Para que una acusación sobre error evidente de hecho en la estimación de una prueba sea eficaz, no basta que respecto de ésta puedan ocurrir sentidos diversos y a las veces contrarios, igualmente racionales y probables, sino que es preciso demostrar que uno de ellos, en razón de las circunstancias que contiene el proceso, es el evidente que excluye los demás.

La cláusula 5ª del testamento de Pedro Angel Gracia reza así:

"Declaro que soy deudor, juntamente con mi hermano José Pío Gracia, por partes iguales, del señor Pedro A. Flórez, como marido legítimo de María del Carmen Gracia de Flórez, por la cantidad de sesenta y dos mil quinientos pesos oro americano."

No expresa el testador en ella misma la causa de la deuda; pero este requisito no lo exigen los artículos 1120 y 1191 del Código Civil, cuya violación acusa el recurrente; estas disposiciones requieren sí, para que la disposición testamentaria se considere como reconocimiento de deuda y no como legado gratuito, que el crédito conste en otra prueba que no sea el testamento mismo, o que tenga un principio de prueba por escrito.

El Tribunal, aplicando estas reglas legales, hubo de estudiar y decidir acerca de la defensa que opusieron los demandados, en el sentido precisamente de que existía una deuda del testador a favor de María del Carmen Gracia, que no era otra sino la misma que el testador ordenaba pagar a Pedro A. Flórez, no por derecho propio, sino como marido de aquella señora.

Arranca esta deuda, según el análisis del Tribunal, de la sociedad comercial formada en mil novecientos diez y seis por José Pío Gracia, Pedro Angel, José Domingo y Zolla Rosa Gracia y María del Carmen Gracia, bajo la razón social de Gracia Hermanos & Compañía, con un capital aportado en cuotas iguales de \$ 374,359-70 oro americano. Esta Sociedad fue disuelta voluntariamente en mil novecientos veinte, y los esposos Pedro A. Flórez y María del Carmen Gracia de Flórez vendieron los derechos que la señora y la sociedad conyugal tenían en ella a José Pío y Pedro Angel Gracia, en la suma de \$ 240,000 oro americano, pagables en esta forma: \$ 40,000 en dinero de contado; \$ 100,000 en documentos de crédito traspasados a ellos; \$ 50,000 con seis meses de plazo, y \$ 50,000 con un año de plazo. El primer contado fue cubierto en forma diversa a la estipulada: \$ 37,500 en ganados, y \$ 12,500 en un pagaré exigible el veintiuno de febrero de mil novecientos veintiuno, el cual fue cubierto al cesionario David A. Gómez posteriormente.

"Cuando Pedro Angel Gracia otorgó su testamento el veintiséis de enero de mil novecientos veintiuno—dice la sentencia—no se había cancelado el documento endosado a David A. Gómez, y estaba pendiente el segundo contado de \$ 50,000, motivo por el cual hizo constar en su testamento, en la cláusula 5ª, ser deudor de María del Carmen Gracia de Flórez, representada por su marido Pedro A. Flórez, juntamente con su hermano José Pío Gracia, por partes iguales, de la suma de \$ 62,500 oro americano."

Correlaciona luego el Tribunal este testamento con el de José Pío Gracia, codeudor con Pedro Angel del precio de la antedicha compraventa de derechos en la Sociedad Gracia Hermanos en liquidación, testamento otorgado el diez y seis de junio de mil novecientos veintiuno, en el cual hizo constar el testador que era deudor, juntamente con la sucesión de su hermano Pedro Angel Gracia, de la señora María del Carmen Gracia de Flórez, por la suma de \$ 50,000 oro americano, cuando ya se había cancelado el documento endosado a David A. Gómez por la suma de \$ 12,500 oro americano, el día veintiuno de marzo de mil novecientos veintiuno, cuando ya había fallecido Pedro Angel Gracia.

"Por esta causa—dice la sentencia—hay discrepancia en las dos cláusulas testamentarias."

Posteriormente al testamento de José Pío, éste cubrió el crédito de \$ 50,000 oro, declarado en aquel instrumento, a Gregorio Flórez Gracia, como apoderado de Pedro Alcántara Flórez, cuyo recibo consta en la escritura número 111, Notaría de Sahagún, fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos veintidós, y allí mismo se declara cancelada la escritura de compraventa de los referidos derechos sociales, en la parte que trataba de las deudas de los compradores.

Y el Tribunal termina con esta conclusión, que es el fundamento primordial de su sentencia:

"Todos estos hechos, que se desprenden de las relaciones comerciales y civiles que existieron entre los finados José Pío y Pedro Angel Gracia y la señora María del Carmen Gracia de Flórez, conforme a las anteriores escrituras y documentos que se han relacionado, son suficientes para afirmar que la confesión hecha por el testador Pedro Angel Gracia en la cláusula 5ª de su testamento, constituye una deuda hereditaria y no un legado gratuito, porque tales documentos forman plena prueba de la existencia de esa deuda, mucho más de lo que la ley exige, que es apenas un principio de prueba por escrito."

Como se ve, la sentencia se basa en la prueba indicial sacada de las relaciones comerciales que existieron entre el testador y sus consocios en la Sociedad Gracia Hermanos, ya para declarar que el crédito confesado en el testamento de Pedro Angel procedía de una verdadera deuda de éste mismo, conjuntamente con su hermano José Pío, ya para concluir que la deuda había sido cubierta.

La Corte considera ajustada a la ley la apreciación que hace el Tribunal acerca de la cláusula 5ª del testamento de Pedro Angel Gracia, así como de las pruebas que acreditan la existencia de una deuda hereditaria.

Es oportuno citar la doctrina de la Corte en lo concerniente a las facultades que tienen los Tribunales para apreciar las pruebas y fijar el sentido de las cláusulas testamentarias:

"Si se alega por el recurrente en casación mala apreciación del Tribunal de determinada prueba, la Corte no

tiene necesidad de estudiar detenidamente el mérito legal de aquella prueba, si otras han obrado también en el ánimo del juzgador, cuya apreciación no está infirmada de un modo evidente en el proceso." (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo I, número 3252).

"No puede casarse una sentencia por error de hecho en la apreciación de una prueba considerada aisladamente, si, por otra parte, en el fallo se hizo un cotejo de todas las probanzas utilizadas por las partes en el juicio y se apreciaron en conjunto, puestos en frente unos de otros los datos ofrecidos en el pleito, y el Tribunal formó su juicio después de un análisis prolijo de todos los medios probatorios." (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo I, número 3261).

"La interpretación del sentido de una cláusula testamentaria hecha por el Tribunal sentenciador, es punto de hecho que la Corte no puede variar sino en el caso de que sea absolutamente contraria a la evidencia." (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo I, número 2050).

"El Tribunal es soberano cuando, siguiendo su propio criterio y aplicando las reglas de la crítica, interpreta una cláusula del testamento que sea dudosa." (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo II, número 2529).

El cargo, por tanto, es infundado.

Segundo cargo:

"Interpretación errónea por parte del Tribunal de las disposiciones de los artículos 1120 y 1191 del Código Civil."

"Tanto en la primera como en la segunda instancia—dice el Tribunal—se ha venido alegando que por la circunstancia de no haberse expresado la causa de la deuda, o sea la procedencia de ella, debe considerarse como una liberalidad del testador, cuando la ley, al respecto, en el artículo 1191, no hace distinción alguna, pues sólo dice y habla de deudas confesadas, y no exige que se exprese que la deuda tenga causa onerosa. De modo que este argumento es inaceptable por la Sala."

"El error del Tribunal—dice el recurrente—consistió prácticamente en interpretar que por el hecho de que el artículo 1191 no exige que el testador exprese la causa de la deuda que confiesa, por eso mismo, si el testador hace su confesión sin expresar la causa, y existe otra deuda entre el causante y el favorecido, la confesión no puede estimarse como una liberalidad."

Se considera:

Según el artículo 1120 del Código Civil, "el acreedor cuyo crédito no conste sino por testamento, será considerado como legatario para las disposiciones del artículo precedente."

El artículo 1191 del mismo Código, que complementa el 1120, dice:

"Las deudas confesadas en el testamento, y de que por otra parte no hubiere un principio de prueba por escrito, se tendrán por legados gratuitos, y estarán sujetos a las mismas responsabilidades y deducciones que los otros legados de esta clase."

En guarda de los derechos de los legitimarios se expidieron las disposiciones preinsertas, dictadas para impedir que el testador desconozca o menoscabe las asignaciones forzosas.

En el caso que se contempla, de acuerdo con las pruebas que existen en el juicio y que se analizaron atrás, hubo una deuda hereditaria pagada oportunamente. Si

se aceptara la tesis del recurrente, inadmisible desde todo punto, de que la cláusula 5ª del testamento comporta un legado, a los herederos de Pedro Ángel Gracia se les obligaría a pagar dos veces una misma deuda, lo cual no armonizaría con la ley ni con la equidad natural.

Con acierto aplicó el Tribunal los citados artículos 1120 y 1191, y el cargo, por ende, es infundado.

En virtud de 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, decide:

1º No es casable la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Cartagena, el cuatro de septiembre de mil novecientos veintinueve.

2º Se condena en las costas del recurso a la parte recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo siete de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

El señor Fernando Rocha D. promovió una demanda contra el señor Segundo Rocha, como interesado personal éste y también como representante legal de su hija menor Julia de las Mercedes, para que se decretara la división material del terreno *Siraquita*, situado en el Municipio de Boyacá, del Departamento del mismo nombre, y circunscrito por los linderos indicados en la demanda.

Apuntó el demandante que la división debía hacerse así: una cuarta parte para la señorita Julia de las Mercedes Rocha, otra cuarta para el demandado, y el resto, o sea la otra mitad, para el propio demandante, a quien toca una cuarta por compra hecha a su madre la señora Carmen Duarte, y otra por derecho directo.

Expuso estos hechos en el libelo:

"1º Por medio de la escritura número ciento ochenta y ocho (188), otorgada ante el Notario de Ramiriquí, en día veinticinco de septiembre de mil ochocientos noventa y seis, registrada en forma legal, la cual acompaño en comprobación, el señor doctor Segundo Rocha Herrera donó a su hija natural Rosalía Rocha Duarte un terreno situado en la vereda de *Siraquita*, jurisdicción del Municipio de Boyacá, deslindado así: por el Oriente, la vereda de *Pachaquirá* (de Boyacá); por el Sur y Occidente, las veredas de *Rodríguez* y *Paeces* (de Jenesano), y por el Norte, la vereda de *Soconsaque*, de Boyacá. La constitución de esa donación se determinó bajo los derechos y obligaciones de un fideicomiso, disponiendo el donante que se tendría por propietaria fiduciaria a la donataria Rosalía Rocha Duarte, y por fideicomisarios a los herederos de ésta.

"2º La donataria fiduciaria Rosalía Rocha D. otorgó testamento cerrado, el que una vez comprobada la defunción de la nombrada Rocha, fue abierto en forma legal por el señor Juez 6º del Circuito de Bogotá, y protocolizado en la Notaría 1ª de aquel Circuito. En ese testamento se instituyó por herederos de Rosalía Rocha Duarte, a la señora Carmen Duarte, a Segundo Rocha

Duarte, a Julia de las Mercedes Rocha y a mí. Por causa de la institución de herederos hecha por mi hermana Rosalía Rocha Duarte, todos los cuatro herederos somos comuneros propietarios del terreno de *Siraquita*, a título singular por partes iguales. Así lo declaró la Suprema Corte de Justicia en las bases que sirvieron para proferir su sentencia, que en copia también acompaño, y de la cual haré relación.

"3º Con la partida de defunción del donante, doctor Segundo Rocha Herrera, compruebo que cesó el derecho de percibir los frutos civiles que se reservó en la escritura de donación número ciento ochenta y ocho, arriba mencionada.

"4º Por medio de la escritura número doscientos ochenta y uno, autorizada por el Notario de Ramiriquí el día veintitrés de abril de mil novecientos veintitrés, la señora Carmen Duarte me vendió los derechos y acciones, el dominio y propiedad, que a ella le corresponde por restitución, que se radicó en su cabeza a la muerte de su hija Rosalía Rocha D. sobre el terreno de *Siraquita*, y que le daba la escritura ciento ochenta y ocho citada.

"5º La estipulación contenida en la cláusula 2ª de la escritura número doscientos ochenta y uno, transmisora en mi favor de los derechos que a la señora Carmen Duarte le correspondían sobre el terreno de *Siraquita*, sirvió de basamento a la memorada Corte para dictar la sentencia de fecha diez y nueve de agosto de mil novecientos veintisiete, porque en ella se tuvo en cuenta la estipulación puntualizada allí.

"En resumen: que el doctor Segundo Rocha Herrera donó el terreno de *Siraquita*, demarcado atrás, bajo el gravamen de un fideicomiso en favor de los herederos de la donataria Rosalía Rocha D., que lo somos la señora Carmen Duarte, Segundo Rocha Duarte, Julia de las Mercedes Rocha y el suscrito, por partes iguales, a título singular o a cuerpo cierto. (Así lo dijo ya la Suprema Corte de Justicia); que el terreno de *Siraquita* vino a nuestro poder en la forma dicha y no por causa de la herencia del señor Segundo Rocha H., ni por la de Rosalía Rocha de Duarte, sino en virtud de la estipulación resolutoria fideicomisaria, que se cumplió por la muerte de la donataria fiduciaria Rosalía Rocha Duarte; que soy subrogatario de los derechos que a la señora Carmen Duarte le corresponden sobre el terreno de *Siraquita*, cuya subrogación se me reconoció por el honorable Tribunal de Tunja, por auto de fecha diez y ocho de marzo de mil novecientos veinticuatro, que se le notificó personalmente a Segundo Rocha el veintinueve de marzo del mismo año, cuyo auto y su notificación también se hallan en copia con la de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, y que ponen en claro las dudas que se presentaron acerca de los verdaderos dueños del terreno de *Siraquita*."

Segundo Rocha D. contestó la demanda, oponiéndose a la acción, y compendió así su pensamiento:

"El motivo que tengo para oponerme a la división material pedida, es el no ser dicha finca un bien común a varios dueños, sino exclusivamente mía, como único y definitivo fideicomisario del fideicomiso que comenzó a constituirse con el otorgamiento de la escritura pública número ciento ochenta y ocho, de veinticinco de septiembre de mil ochocientos noventa y seis, pasada ante el Notario de Ramiriquí, y se convalidó y tuvo definitiva existencia por virtud del testamento otorgado por el señor Segundo Rocha Herrera, en el cual se ratificó aque-

lla donación, modificando la constitución de los fideicomisarios, que vinieron a ser únicamente los descendientes de Rosalía Rocha Duarte, y en su defecto, Fernando Rocha y el suscrito, hermano de dicha señorita. Esta murió sin descendencia, y mi cofideicomisario Fernando Rocha Duarte me cedió sus derechos al fideicomiso, por medio de la escritura pública número ochocientos setenta y cuatro, de veintisiete de septiembre de mil novecientos diez y ocho, pasada ante el Notario 1° del Circuito de Tunja."

Convertido el asunto en juicio ordinario, con arreglo al artículo 1297 del Código Judicial, el señor Juez 2° del Circuito de Tunja dictó sentencia el diez de noviembre de mil novecientos veintiocho. En ella decretó la división del terreno de **Siraquita**, y declaró no probadas las excepciones alegadas por el demandado.

Apeló el apoderado de éste, y el Tribunal Superior de Tunja, en sentencia de doce de junio de mil novecientos veintinueve, falló así:

"Por lo expuesto, el Tribunal, en Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a decretar la división del terreno de **Siraquita**, identificado en la demanda, por el motivo que se ha invocado en ésta, y, en consecuencia, absuelve al demandado de los cargos que tal demanda le apareja."

Fernando Rocha D. interpuso recurso de casación, que, por estar en las condiciones legales en orden a la cuantía y naturaleza del juicio, admite la Corte y procede a decidir.

El apoderado del recurrente ante esta Superioridad invoca la causal primera para acusar la sentencia por violación de ley sustantiva, "quebrantamiento que proviene de violación directa, de interpretación errónea de la misma ley y de indebida aplicación de ésta al caso del pleito, así como de mala apreciación de pruebas..... y de consiguiente error de derecho."

Primer motivo. Se impugnan estos párrafos de la sentencia:

"Para que la donación entre vivos sea efectiva y firme, se necesita no sólo que la haga persona hábil, y ella se constituya por medio de escritura pública registrada, previa insinuación, si fuere preciso, sino que esa asignación sea aceptada y la aceptación notificada al donante.

La hecha por Rocha Herrera reúne las condiciones primeras, pero carece de las últimas, como pasa a verse.

Ya está dicho que por ser menor de edad la donataria, la representó para el efecto de aceptar la donación, según se expresa en el referido instrumento, su madre natural, Carmen Duarte.

Empero, esta aceptación no es la especialísima que requiere la ley para el objeto, porque, al decir del inciso 1° del artículo 1468 del Código Civil, "nadie puede aceptar sino por sí mismo o por medio de una persona que tuviere poder especial suyo al intento, o poder general para la administración de sus bienes, o por medio de su representante legal."

Descartado el caso de que Rosalía no aceptó por sí misma la donación, al menos en un principio no está demostrado que la señora Duarte se encontrara en alguna de las circunstancias de que habla el texto legal transcrito.

Aunque la Sala sentenciadora encabeza los párrafos copiados con el mote de donación fideicomisaria entre

vivos, tanto por los conceptos allí expresados como por las disposiciones en que los apoya, se viene en conocimiento de que para nada tuvo en cuenta los ordenamientos legales que regulan el fideicomiso; por el contrario, clasifica el acto contenido en la escritura número ciento ochenta y ocho como donación entre vivos, pura y simple, y examina el acto de que se trata a la luz de los preceptos legislativos que regulan esa materia.

Prosigue diciendo el apoderado que hay diferencias sustanciales entre la donación entre vivos propiamente dicha y la constitución de un fideicomiso, de las cuales no puede desatenderse el juzgador, si quiere evitar errores de entendimiento que lo lleven a violaciones de la ley y a extremos inadmisibles en el examen y decisión de un litigio sobre estos puntos.

Hace en seguida un cotejo de la donación entre vivos y el fideicomiso, y dice:

"Estimo que tratándose de la propiedad fiduciaria no se requiere aceptación por el fiduciario para que el fideicomiso tenga existencia, porque el artículo 807 del Código Civil establece que en el evento de que antes de cumplirse la condición falte el fiduciario por cualquiera causa—causa que puede ser por tanto su no aceptación—gozará fiduciariamente el mismo constituyente, si vive, o sus herederos, en el caso contrario. El fundamento en que descansa esa prescripción está en que la voluntad del constituyente en que el fideicomiso pase al patrimonio del fideicomisario, no puede estar subordinada a trabas o deficiencias procedentes del intermediario. Y siendo así que el fideicomiso puede constituirse por instrumento público o por testamento, el artículo 807 debe tener estricta aplicación, sin hacer distinción entre uno y otro de estos dos modos."

No se objete que desde que el artículo 1470 exige que las donaciones con cargo de restitución a tercero imponen la aceptación del fiduciario para que se hagan irrevocables, es indispensable el lleno de ese requisito, no obstante el artículo 807. El artículo 1137 *ibidem* excluye, tratándose de fideicomiso, la aplicación de disposiciones distintas, aunque el acto constitutivo del fideicomiso se designe erróneamente con el nombre de donación. A confirmar esto, concurre la regla 1° del artículo 5° de la Ley 57 de 1887.

"El Título 8° del Libro 2° del Código Civil es el que versa sobre propiedad fiduciaria, y de él hace parte el artículo 807, que, como se ha visto, prescinde de la aceptación del fiduciario para la existencia del fideicomiso."

Del texto de la escritura número ciento ochenta y ocho resulta por modo claro que la voluntad de segundo Rocha Herrera, respecto del terreno de **Siraquita**, fue la de que, muerta Rosalía sin dejar descendientes, pasara en propiedad a los herederos de ésta. Si el fin y el fondo de dicho acto no fue otro, preciso es convenir que el dominio absoluto lo transfirió Rocha Herrera a Rosalía Rocha, o, lo que es lo mismo, que el acto en estudio no constituye la donación entre vivos a que se refiere el artículo 1443 y siguientes del Código.

"Consecuencialmente no tenía porqué regirse por estas disposiciones, sino por las de rigurosa observancia para el fideicomiso."

La Sala, en el cuerpo de su decisión y especialmente en los pasos transcritos, califica de donación entre vivos el fideicomiso de la escritura número ciento ochenta y ocho en cita, y a virtud de esa errónea calificación violó, por aplicación indebida al caso del pleito, los ar-

ticulos 1443, 1468 y 1469 del Código Civil, al entender que la falta de aceptación por parte de Rosalía dejó sin efecto la institución.

Como consecuencia, y por falta de aplicación al caso del pleito, quebrantó los preceptos que regulan la propiedad fiduciaria, especialmente los artículos 794, 796, 756, 2652 y 807, por cuanto no tuvo en cuenta que la escritura ciento ochenta y ocho, con el requisito del registro, fue suficiente para la constitución del fideicomiso, y por cuanto, así entendido, no necesitaba aceptación de Rosalía Rocha ni de persona alguna en su nombre. Quebrantó también el artículo 1137, por haber desobedecido el mandato que contiene.

Se considera:

Existen diferencias entre la donación entre vivos, pura y simple, y la institución del fideicomiso; pero como éste puede constiuirse a título de donación, hay algunas disposiciones de la donación que le son aplicables. Es inadmisibles, por absoluta, la aseveración de que el fideicomiso a título de donación se rige únicamente por los preceptos del Título 8º del Libro 2º del Código Civil.

Desde luego el fideicomiso de que se trata ha menester insinuación, cuando la cuantía lo exija, con arreglo al artículo 1460 del propio Código; y también es preciso que el fiduciario lo acepte, pues que así lo dispone terminantemente el artículo 1470, y el 1471 vuelve a hablar de esa aceptación.

El Tribunal no entendió que la donación consignada en la escritura número ciento ochenta y ocho era pura y simple, sino que era un fideicomiso a título de donación, y examinó si de las condiciones generales de la donación, aplicables a dicho fideicomiso, estaban cumplidas todas o algunas en el caso controvertido. Dedujo que en la donación de Rocha Herrera se llenaban las condiciones relativas a la habilidad del donante y al otorgamiento de la escritura pública y su registro, pero que faltaba la referente a la aceptación del fiduciario.

Al afirmar el sentenciador que el fideicomiso a título de donación entre vivos necesita la aceptación del fiduciario, no hizo otra cosa que ajustarse al precepto contenido en el citado artículo 1470. No negó que las disposiciones generales del fideicomiso sean aplicables al que se está estudiando, sino que dio a entender que hay disposiciones especiales que, precisamente por serlo, prevalecen sobre aquéllas. Lo tocante a la aceptación del fiduciario es una de ellas.

Para la Corte es una tesis correcta la de que, tratándose de un fideicomiso otorgado a título de donación entre vivos, surge la necesidad de tener presentes algunas disposiciones del Título XIII, del Libro 3º, del Código Civil, que, por concretarse al caso, se aplican de preferencia a los preceptos generales del mencionado Título 8º del Libro 2º. Estos gobiernan la materia sin perjuicio de las excepciones o casos especiales. No fuera así, y carecerían de objeto práctico los artículos 1470 y 1471.

El artículo 1137, traído por el Código a propósito de las asignaciones testamentarias condicionales, se contrae al fideicomiso testamentario, y para el derivado de una donación entre vivos se hallan los artículos 1470 y 1471. Las disposiciones contemplan dos casos especiales distintos y no hay colisión entre ellas, para que el intérprete tenga que acudir a la regla 1ª del artículo 5º de la Ley 57 de 1887.

No admite, pues, la Corte, en el sentido en que se aduce al presente, el cargo de violación por indebida apli-

cación de los artículos 1443, 1468 y 1469 del Código Civil, y de quebrantamiento por omisión de los artículos 794, 796, 756, 2652, 807 y 1137 ibídem.

Segundo motivo. Insiste el recurrente en que los artículos 1470 y 1471 no pueden interpretarse con prescindencia de los que por modo especial regulan la propiedad fiduciaria, ni el solo tenor de ellos autoriza para calificar como donación un acto de voluntad que por su esencia y naturaleza da nacimiento a relaciones jurídicas de otro orden.

En sentir del recurrente, el alcance del artículo 1470 es el de que cuando el fideicomiso se constituye por escritura pública, su revocación queda subordinada a la voluntad del fiduciario, es decir, que mientras éste no manifieste su no aceptación, al constituyente no le es dado dejar sin valor, por su sola voluntad, la escritura que lo contiene. Porque la donación es un contrato, y como tal ha de entenderse aun la que envuelve el gravamen de restituir a un tercero, es obvio que no puede dejar de subsistir por la voluntad de uno solo de los que intervienen en su celebración. Si así no se toma el artículo, hay que convenir que en casos como el concreto que se estudia, no puede ser fiduciario un hijo natural que se halle en la infancia cuando se constituye el fideicomiso, pues careciendo de representante legal en la acepción restringida que la ley requiere, ni pudiendo constituir apoderado, no hay quien acepte por él, y así las cosas, queda al arbitrio del donante o constituyente revocar el fideicomiso por medio de otra escritura otorgada hasta el mismo día en que firmó la primera. Fuera de que se llegaría de esta suerte a la conclusión de que no es cierto que el fideicomiso vale por escritura pública, como lo establece el artículo 795 ibídem, el hijo natural quedaría para ese efecto en una condición de inferioridad, y comprendido en una excepción que no consagra ninguna de las disposiciones que versan sobre la propiedad fiduciaria.

De aquí se desprende—continúa el autor del recurso—que los actos que contemplan los artículos 1470 y 1471 son perfectamente distintos de las donaciones entre vivos, y que para ponerlos en armonía con las disposiciones especiales sobre propiedad fiduciaria, no debe dárseles más extensión que la que permiten los preceptos que regulan esta última. El artículo 1470 requiere, para que la donación fideicomisaria quede en firme, que sea aceptada por el fiduciario directamente o por conducto de las personas que determina el artículo 1468; pero como no fija el tiempo en que ha de ocurrir esa aceptación, nada se opone a que cuando el intermediario, por ser menor, carece de capacidad para manifestar su asentimiento, lo haga cuando llegue a la mayor edad. Y no se objete que, como la aceptación necesita que se notifique al donante por mandante del artículo 1469, eso mismo está indicando que tal aceptación debe manifestarse cuando se hace la donación, o a más tarde mientras el donante vive; este último precepto rige para las donaciones entre vivos, pero no para las fideicomisarias, por no permitirlo el objeto de éstas.

Análoga interpretación restrictiva impone el artículo 1471. Al paso que el artículo 1469 requiere la notificación de la aceptación como uno de los requisitos para que la donación entre vivos se haga irrevocable, el fin de la notificación en las fideicomisarias es el que, mediante ella, donante y fiduciario puedan, de común acuerdo, variar el fideicomiso, sustituir un fideicomisario a otro y aun revocar el fideicomiso. Es decir, que en éstos no

se requiere la notificación para que se hagan irrevocables, sino únicamente para que, por mutuo acuerdo de las partes, se hagan las alteraciones a que aquel precepto les da derecho.

Al llegar Rosalía Rocha a la mayor edad, aceptó la donación fideicomisaria de la escritura ciento ochenta y ocho, mediante el contrato de arrendamiento del terreno, ajustado con Secundino Castelblanco, como aparece de la escritura mil doscientos sesenta y tres, de treinta de diciembre de mil novecientos trece, pasada en la Notaría 1ª de Bogotá, y por medio del testamento otorgado en esta misma ciudad el cuatro de abril de mil novecientos diez y seis, en el cual dispuso que el terreno de **Siraquita** pasara a los fideicomisarios designados por el constituyente.

Fundado en lo que antecede, el recurrente acusa la sentencia por errónea interpretación de los artículos 1470 y 1471 y por falta de aplicación de ellos al caso del pleito; la acusa igualmente por aplicación indebida del artículo 1468, en cuanto entiende que Rosalía Rocha "no aceptó por sí misma la donación," siendo así que la aceptó por medio del contrato de arrendamiento y por su testamento. Quebrantó también este último precepto, al estimar que la aceptación de Rosalía Rocha carece de valor por no haber tenido lugar en vida del donante, como afirma en un paso que el recurrente copia.

Se considera:

Dijose antes que cuando el título del fideicomiso es una donación entre vivos, hay disposiciones legales concernientes a ésta, que son aplicables a aquél. Es que aun cuando se trate de un fideicomiso, al legislador no le es indiferente el título de su constitución.

El artículo 1470 exige la aceptación del fiduciario en las donaciones fideicomisarias, y semejante aceptación requiere un acto de voluntad, porque siendo la donación un contrato, debe haber en ella concurrencia de voluntades de las partes. Sostener que mientras el fiduciario no manifieste su voluntad adversa a la aceptación, el constituyente no puede retractar la donación prometida, equivale a mudar el contexto del artículo, admitiendo que basta la falta de manifestación contraria a la aceptación para que ésta se entienda expresada.

Ni vale la objeción relativa al hijo natural que se halla en la infancia. El podría ser fiduciario, aceptando a su nombre su representante legal. La madre natural es llamada a la guarda legítima (artículo 458 del Código Civil), y en el caso de la objeción podría esa madre hacerse discernir la guarda, con lo cual quedaría convertida en representante legal del hijo para aceptar por él el fideicomiso con los requisitos debidos. Para facilitar la provisión de guardador a quien lo necesitara, reconocía una especie de acción popular el artículo 1439 del Código Judicial anterior.

El fiduciario, en el caso de una donación fideicomisaria, ha de expresar, pues, su aceptación, lo cual ha de hacer por lo menos mientras viva el donante. Ello, porque siendo el título del fideicomiso el contrato de donación entre vivos, para que haya concurrencia de voluntades, la conjunción de éstas ha de cumplirse en vida del donante. El recurrente asevera que tal conclusión no la permite el objeto de las donaciones fideicomisarias; pero la Sala no halla repugnancia en la adopción de ella: si el fideicomiso se forma por donación entre vivos, se aplica a éste lo preceptuado acerca de la aceptación en las donaciones, para que el contrato quede

consumado en orden a las relaciones del constituyente y el fiduciario. Nada se advierte aquí que contradiga la esencia de la propiedad fiduciaria, y sólo se cumple el mandato especial del artículo 1470.

No acoge la Sala la interpretación que el recurrente le da al artículo 1471, en el sentido restringido de que el fin de la notificación de la aceptación en las donaciones fideicomisarias, es apenas para que, mediante ella, donante y fiduciario puedan, de común acuerdo, variar el fideicomiso, sustituir fideicomisarios y aun revocar el fideicomiso.

La donación se acepta por el fiduciario y se le notifica la aceptación al donante para que se consume el contrato de donación; y precisamente, en virtud de tal consumación no puede ya el donante prescindir del asentimiento del fiduciario con el fin de introducir modificaciones en el fideicomiso. No se descubre motivo razonable en la distinción del recurrente, cuando dice que la notificación de la aceptación en las donaciones puras y simples se necesita para que la donación se haga irrevocable, mientras que en las fideicomisarias esa aceptación se encamina únicamente a facilitar al donante la oportunidad de hacer variaciones de acuerdo con el fiduciario. En uno y otro evento, la notificación tiene el mismo objeto: hacer constar la concurrencia de voluntades en el contrato, porque, se repite, cuando el fideicomiso se constituye a título de donación, a la ley no le es indiferente ese título.

Acerca de la impugnación del aserto relativo a que la señorita Rocha no aceptó por sí misma la donación, cabe observar que el sentenciador dijo que Rosalía no aceptó en vida del donante, por falta de capacidad, y que nadie aceptó legalmente por ella, de donde se sigue que la donación no se perfeccionó.

El recurrente estima que ha sido quebrantado el artículo 1468, porque Rosalía Rocha aceptó la donación mediante los ya citados arrendamiento y testamento. No entra la Sala a estudiar—por ser ello inútil—si es admisible la aceptación tácita de la donación, significada por actos que la den a entender. Lo importante es inquirir si es válida la aceptación expresa o tácita hecha después del fallecimiento del donante, y la Sala piensa lo mismo que el Tribunal al respecto. Si la donación es un contrato, como lo sostiene la jurisprudencia, debe haber en ella concurrencia de voluntades, y semejante concurrencia ya no puede producirse después de la muerte del donante. Esto lo ha resuelto la Corte en casos de donaciones puras y simples, como puede verse en el número 813 del tomo 2º de su **Jurisprudencia**, y la doctrina es extensiva a las donaciones fideicomisarias, porque el título de éstas es la donación entre vivos, y ha querido la ley aplicarles sobre el particular las disposiciones referentes a la aceptación y notificación, según se deja explicado.

Por lo expuesto, no prospera el cargo de errónea interpretación de los mentados artículos 1470 y 1471, ni el de aplicación indebida del 1468, en los aspectos alegados.

Tercer motivo. Se acusan en él los siguientes párrafos de la sentencia:

"El demandado, para fundar sus excepciones, trajo en copia la parte sustancial del testamento cerrado que Rocha Herrera hizo en mil ochocientos noventa y ocho, y ya se ha visto que allí se ratificó la donación anteriormente verificada en favor de Rosalía, pero con esta adición hecha por el mismo Rocha."

'Mando que si mi citada hija muere sin descendientes, sus bienes pasen a sus hermanos, por iguales partes, con los gravámenes que tengan (sus hermanos Fernando y Segundo).'

"Es fácil observar que si bien es verdad que el testador tenía el ánimo de hacer firme la donación de que habla el instrumento notarial, modificó, sin embargo, aquélla notablemente, en cuanto al fideicomiso, puesto que, según el testamento, los bienes de Rosalía (entre los cuales debía estar el terreno de *Siraquita*) ya no pasaban a los herederos de ésta sino a sus hermanos, por iguales partes, esto es, a Fernando y Segundo, caso de que la agraciada falleciera sin dejar descendientes."

Estos párrafos y el siguiente—arguye el impugnador—quebrantan el citado artículo 1471, en cuanto se sostiene que el testamento de Segundo Rocha pudo por sí solo cambiar los fideicomisarios y convertir en legado un fideicomiso legalmente válido. Al entenderla así, el Tribunal olvidó que, aceptada la donación fideicomisaria, es por acuerdo del donante y el fiduciario como son posibles las alteraciones a que se contrae ese precepto.

Se considera:

No procede el cargo, porque está fundado en supuestos que ya se dejaron confutados. Se dijo que el sentenciador estimó que, por no haber aceptado Rosalía Rocha la donación en vida del donante, tal donación no se perfeccionó, y que la estimación no es errónea. Si por no haber aceptado oportunamente la fiduciaria no se consumó la donación, pudo el donante variarla sin el concurso de aquélla. Otra cosa sería si la fiduciaria hubiera aceptado después del testamento de Rocha Herrera, pero antes de la muerte del mismo.

Cuarto motivo:

Consiste en que, aun desechando la tesis de que la aceptación de Rosalía Rocha, en la época en que acaeció, fue bastante para hacer irrevocable el fideicomiso, habría que llegar a la conclusión de que la aceptación de Carmen Duarte Aponte dio desde entonces vida jurídica al fideicomiso, e hizo irrevocable la donación que lo contiene; pues no se trata de una donación común entre vivos, sino de una fideicomisaria, la cual es fuerza subordinarla a las disposiciones que regulan la propiedad fiduciaria.

"De acuerdo con el artículo 802 del Código Civil, el que constituye un fideicomiso puede nombrar no sólo uno sino dos o más fiduciarios y dos o más fideicomisarios. Clasificado el acto que contiene la escritura ciento ochenta y ocho, dentro de la nomenclatura jurídica que le corresponde, no se ve qué pudiera oponerse a entender que Segundo Rocha Herrera nombró dos fiduciarios: en primer término a Carmen Duarte, y en segundo a Rosalía Rocha. Sólido apoyo encuentra esta tesis en los propios términos de que allí se sirvieron los otorgantes:

'No teniendo la donataria representante legítimo para aceptar esta donación, acepta en su nombre su madre natural, señora Carmen Duarte Aponte, mientras la donataria está en aptitud de poder hecerlo.'

"Descartada la errónea creencia en que incidió Segundo Rocha Herrera, al suponer que hacía una donación entre vivos, siendo así que el terreno lo destinó para personas distintas de la titulada donataria, el papel que en

realidad desempeñó Carmen Duarte fue el de fiduciaria, al igual del carácter con que fue designada Rosalía Rocha. Por el aspecto indicado, el sentenciador quebrantó el artículo 802 del Código Civil, por no haberlo aplicado al caso del pleito, y el 1468 por aplicación indebida."

Se considera:

El cargo actual descansa sobre el supuesto de que Rocha Herrera nombró también fiduciaria a Carmen Duarte, en el acto contenido en la escritura número ciento ochenta y ocho. Así no lo entendió el Tribunal, quien afirma que la nombrada señora actuó como un tercero en el otorgamiento de la escritura, ni en el curso de las instancias fue aducido este punto de vista.

Ahora bien: si es errónea la apreciación del sentenciador al no reconocerle a la Duarte el papel de fiduciaria, el error sería de hecho en la estimación de las estipulaciones del instrumento; y en tal caso el recurrente ha debido atacar por semejante aspecto, es decir, ha debido acusar y demostrar un error evidente de hecho, del cual se siguieran las infracciones legales que le imputa el fallo recurrido. Ya ha declarado la Corte varias veces que es error de hecho el que se comete al apreciar malamente la intención de las partes al contratar. (Véase, por ejemplo, los números 1523 y 1526 del tomo 3º de la *Jurisprudencia*).

Basta esto para desestimar el reparo expresado en el actual motivo.

Quinto motivo:

Sostiene aquí el recurrente que, aun admitiendo que el acto que se controvierte es una donación fiduciaria regida por los artículos 1470 y 1471 del Código Civil, y que Carmen Duarte no pudo aceptar, en su condición de madre natural de la Rocha, la intervención de aquélla ha de mirarse como la de un tercero. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1473, son aplicables a las donaciones las reglas generales de los contratos, en cuanto no se opongan a las especiales que las reglamentan. En la determinación de las personas que son hábiles para aceptar una donación, la Corte ha sentado la jurisprudencia de que la designación que hace el artículo 1468 no es incompatible con la facultad que da a cualquiera el artículo 1506 para estipular a favor de un tercero.

El autor del recurso cita algunas sentencias de la Corte en refuerzo de su objeción, y manifiesta que acusa la que es objeto de estudio, porque al estimar que la donación no fue aceptada, quebrantó el citado artículo 1506 del Código, por errónea interpretación y aplicación indebida.

Se considera:

El Tribunal expuso que Carmen Duarte actuó como tercero en la escritura de donación, agregando que, aunque se admitiera que tal señora estipuló para su hija, con arreglo al artículo 1506 del Código Civil, siempre era indispensable la aceptación de la donataria, para que la donación produjera efectos respecto de ella, ora fuese por lo que establece el principio ordinario que entraña esta disposición, ora por lo que de manera precisa estatuye para el caso particular el artículo 1468.

"Rosalía de la Concepción Rocha nació en el mes de noviembre de mil ochocientos noventa y dos, según la partida de bautizo que se ha traído al expediente, como resultado del auto para mejor proveer dictado por el Tribunal. La escritura de donación se otorgó el veinti-

cinco de septiembre de mil ochocientos noventa y seis, de donde se sigue que la donataria se encontraba en ese tiempo en la infancia. Si se agrega a esto que el donante Rocha Herrera falleció en septiembre de mil ochocientos noventa y nueve, pues su cadáver fue sepultado el cinco de aquel mes, hay que concluir que Rosalía no pudo aceptar personalmente la donación en vida del donante, y como nadie la aceptó legalmente por ella, aquella donación no se perfeccionó."

Como se ve, el sentenciador contempló el caso de que la aceptación de Carmen Duarte estuviera amparada por el artículo 1506, y expuso que, aun en dicho caso, era preciso que Rosalía Rocha manifestara su aceptación en vida del donante.

La Corte acoge esta conclusión por las razones indicadas antes; y como la modificación del fideicomiso, dispuesta en el testamento, sólo tuvo efecto después de la muerte del donante, se sigue que es válida esa modificación, porque cuando comenzó a tener vida jurídica ya había caducado la donación de la escritura número ciento ochenta y ocho, por falta de la oportuna aceptación de la donataria.

Admitiendo que, de conformidad con el artículo 1506 del Código Civil, pudo la señora Duarte aceptar para su hija, la aceptación de ésta seguía siendo necesaria en vida del donante para la consumación del vínculo. Acaecida la muerte del doctor Rocha Herrera sin haberse cumplido esa aceptación, no habría porqué exigir el asentimiento de la estipulante Duarte para los efectos de la disposición testamentaria.

El sentenciador, por tanto, no interpretó erróneamente el mentado artículo 1506, sino que lo compaginó con los artículos 1468, 1470 y 1471. Hé aquí porqué no prospera el cargo.

Sexto motivo:

Expresa el recurrente que el Tribunal incidió en error de derecho al apreciar la escritura número ciento ochenta y ocho, porque no paró mientes en que el constituyente designó en ella dos fiduciarios, y uno de ellos, Carmen Duarte, aceptó el fideicomiso en el acto del otorgamiento, y asimismo al pasar por alto la declaración que allí hizo el donante, de quedar obligado a esperar que Rosalía Rocha cumpliera la mayor edad, con el fin de manifestar su aceptación.

A lo cual se observa que el error sobre el primer punto, si lo hubo, sería de hecho, y por semejante aspecto no se aduce el reparo, como se dijo antes. Cuanto al segundo punto, también sería de hecho el error, y ha debido acusarse por ello. De aquí que no procedan las infracciones de los textos legales que cita el recurrente.

Añade el impugnador que el Tribunal erró de derecho en la apreciación de la escritura mil doscientos sesenta y tres, de treinta de diciembre de mil novecientos trece, por la cual Rosalía dio en arrendamiento a Secundino Castelblanco el terreno de **Siraquita**, y en la del testamento de la misma Rosalía, otorgado el cuatro de abril de mil novecientos diez y seis, por no haberles dado el mérito que comportan para demostrar la aceptación de la donación fideicomisaria, error que lo llevó a transgredir los artículos 1468 y 1470 del Código Civil, cuando declaró que esa donación no fue aceptada.

Se observa que el cargo carece de importancia, dado el punto de vista en que se situó el sentenciador, a saber: que la donación no fue aceptada en vida del donante, punto que la Corte ha hallado correcto. Si los mencio-

nados documentos implican una aceptación tácita, ésta se cumplió después de muerto el señor Rocha Herrera, o sea cuando ya no era admisible.

Se agrega que el Tribunal erró de derecho en la apreciación del fallo de casación de diez y nueve de agosto de mil novecientos veintisiete, el cual obra en autos, aducido por el demandante. En ese fallo se resolvió que la donación fideicomisaria se consumó desde el registro de la escritura, y que el testamento de Rocha Herrera fue ineficaz para alterar la donación y convertirla en legado; error que condujo a la violación de los artículos 1443, 1457, 1460, 1468, 1470 y 1471 del Código Civil, y 681 del Judicial anterior.

El Tribunal, apreciando aquella sentencia, dijo que la Corte no tuvo oportunidad de estudiar la donación por el aspecto de su aceptación, pues no hubo ataque por semejante lado, sino por el aspecto del registro de la escritura.

Respóndese que, aun concediendo que hubiese habido el error que se imputa, es lo cierto que el sentenciador llegó a la conclusión que sustenta, mediante razonamientos directos, y que la sentencia referida no tiene fuerza obligatoria en el presente litigio, merced a lo que va a decirse en el punto siguiente.

Séptimo motivo:

Se refiere a que la sentencia recurrida quebrantó la cosa juzgada y violó el artículo 831 del Código Judicial.

La sentencia que se dice desconocida, es la proferida en casación el diez y nueve de agosto de mil novecientos veintisiete, traída en copia al proceso, como se ve al folio 20 y siguientes del cuaderno 1º; y el autor del recurso formula varias consideraciones para sostener que ella implica cosa juzgada respecto de lo que ha sido sujeta materia del actual litigio.

Se considera:

De la doctrina del susodicho artículo 831 del Código Judicial anterior se desprende que para la existencia de la cosa juzgada, son precisos estos elementos: identidad de asunto, identidad de acciones e identidad de personas. Esto en tesis general.

Pues bien: aquella sentencia de casación se dictó en un juicio seguido por Carmen Duarte Aponte contra Segundo Rocha Duarte, sobre resolución de un contrato, y hubo en él demanda de reconvencción para la devolución de unas sumas de dinero que habían sido entregadas en cumplimiento del contrato a que se contrae la demanda principal, y por el pago de perjuicios en virtud de la celebración del mismo contrato.

Por donde se ve que no hay identidad de materia entre aquel juicio y el presente; ni identidad de acciones, porque allá se trataba de una personal, y aquí de una mixta, cual es la división de una comunidad; ni, finalmente, identidad completa de personas, porque en el primer juicio eran partes la señora Duarte y Segundo Rocha Duarte, y en el juicio que ahora se estudia lo son este señor y Fernando Rocha D.

De otro lado, en el juicio en que se pronunció la referida sentencia de casación, no fue materia del debate lo relativo a la aceptación de Rosalía Rocha Duarte; y prescindiendo de examinar semejante punto no controvertido entonces, fue como la sentencia hizo los razonamientos que en ella se ven.

No hay, pues, violación de cosa juzgada, ni quebrantamiento del artículo 831, luego el cargo aducido en este motivo resulta improcedente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, siete de marzo de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de Pasto, el señor Luis Aurelio Guerrero demandó al señor César de la Rosa para que, mediante la tramitación de un juicio ordinario, se declarase por sentencia definitiva:

“Que el señor César de la Rosa me adeuda, y está obligado a pagarme, dentro de seis días de notificada la sentencia, la cantidad de tres mil pesos (\$ 3,000) oro legal, con los intereses corrientes, a partir del once de abril de mil novecientos veintisiete; y

“Que el señor De la Rosa debe pagarme asimismo las costas del juicio.”

Fundó esta demanda en el Título 12 del Libro 4º del Código Civil, y en los hechos siguientes:

“1º El once de enero de mil novecientos veintisiete se efectuó entre el señor César de la Rosa y el suscrito la siguiente operación comercial: giró él a mi cargo, y yo acepté, la letra número 00079, por \$ 3,000 oro legal, a favor del Banco Hipotecario del Pacífico, pagadera a noventa días vista, la cual descontó el señor De la Rosa en dicho Banco.

“2º El expresado señor De la Rosa se obligó conmigo a consignar en mi oficina comercial la suma de \$ 3,000 para atender al pago de la letra girada por él en descubierto, en el término de los mismos noventa días a que giró la citada letra número 00079.

“3º Al vencimiento de dicha letra tuve que cancelarla al Banco Hipotecario del Pacífico.

“4º Con anterioridad a la operación comercial de que he hablado, el señor De la Rosa me había recibido en depósito la cantidad de \$ 3,450, según documento otorgado por él; pero como al vencimiento de éste no me otorgara dicha suma, procedí ejecutivamente contra él, quien propuso la excepción de pago, que la declaró probada el Tribunal Superior hasta concurrencia de la cantidad de \$ 2,900, a pesar de haber creído yo, y sostengo, que esta cantidad me había sido realmente entregada por De la Rosa por cuenta del valor de la letra número 00079; de donde resulta que a cargo del demandado queda en pie todo el valor de esa letra, en fuerza de la obligación que contrajo, de consignármelo en el plazo de noventa días, contados desde el once de enero de mil novecientos veintisiete, como condición convenida para haberle aceptado la letra en referencia, girada por él en descubierto.”

Contradijo la demanda De la Rosa, rechazando la acción y negando los hechos. Además opuso las excepciones de pago y de cosa juzgada.

El Juez del conocimiento falló así la controversia:

“El Juzgado declara no probadas las excepciones de pago y cosa juzgada, y en su lugar condena al señor don César de la Rosa, mayor de edad y de este vecindario, a pagar al señor don Luis Aurelio Guerrero, también mayor y vecino de esta ciudad, dentro de los seis días siguientes a la notificación de esta providencia, la suma de tres mil pesos oro legal (\$ 3,000), con sus intereses legales, a partir del once de abril de mil novecientos veintisiete. Condénase en costas al demandado, y para la apreciación de las agencias en derecho, dése cumplimiento por el demandante a lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 62 de 1928. El señor Secretario liquidará lo de su cargo.”

Apelada esta sentencia ante el Tribunal Superior de Pasto, éste la confirmó, condenando en costas al apelante.

Contra el fallo del Tribunal, el señor De la Rosa interpuso recurso de casación, que la Corte admite por estar ajustado a las prescripciones legales.

El señor Juez de la causa resume los hechos comprobados que sirvieron de fundamento a la sentencia del Tribunal, del modo siguiente:

“En síntesis, aparece comprobado plenamente que don César de la Rosa, en once de enero de mil novecientos veintisiete, giró a cargo de don Luis Aurelio Guerrero la letra número 00079, a favor del Banco Hipotecario del Pacífico; que esa letra fue aceptada por Guerrero y pagada por él mismo, según se ve de la cancelación hecha por el Banco; que el mismo día once de enero de mil novecientos veintisiete, De la Rosa firmó una constancia por separado, declarando que para atender al pago de esa letra se comprometía—dentro del término de noventa días a que estaba girada—a darle al girador los fondos para atender al pago; que antes de esta operación (giro de la letra), Luis Aurelio Guerrero depositó en poder de De la Rosa tres mil cuatrocientos cincuenta pesos, con el plazo de un mes; que De la Rosa no se los devolvió, y que propuesta la ejecución de Guerrero contra el depositario por la suma antes dicha, el Tribunal declaró pagada esa obligación hasta concurrencia de dos mil novecientos pesos. Es de notar que de aquí aparece existir en contra de De la Rosa y a favor de Guerrero, una obligación civil actualmente exigible, de pagarle tres mil pesos oro, que es a lo que se refiere el presente juicio. No se ha comprobado aquí que De la Rosa sea acreedor de Guerrero, no obstante haber ofrecido el demandado esa prueba; tampoco se ha comprobado que la letra hubiera sido girada siendo Guerrero deudor de De la Rosa, y antes, por el contrario, la letra dicha se giró en descubierto; y también se ha demostrado que Guerrero pagó el valor de la letra. Y aunque es verdad, que la letra está girada por valor recibido, se observa que esa frase, ‘valor recibido,’ si bien hace presumir que el dinero se ha entregado por el girador al girado, es ésta una presunción legal que admite prueba en contrario, y como Guerrero ha allegado esa prueba en contrario, según se ve de la constancia de once de enero de mil novecientos veintisiete, firmada por César de la Rosa, y reconocida por él en posiciones, esa presunción desapareció totalmente en presencia de esta prueba. El hecho de que Guerrero hubiera cubierto la letra a su vencimiento, no indica que se hubiera hecho provisión de fondos en vista de la prueba apuntada, y de allí sólo se deduce, por no haberse probado lo contrario, que Guerrero,

como comerciante, quiso dejar en buen pie la firma de su girador, cubriendo la letra, dejando a salvo sus derechos para hacer efectivo el reembolso.”

El recurrente acusa la sentencia por violación de los artículos 1625 y 1626 del Código Civil, que tratan, el primero, del modo de exigirse las obligaciones, y el segundo, de la definición del pago.

Dice el autor del recurso que la letra cancelada “justifica que yo quedé libre y exento de toda relación jurídica, de cualquiera operación dimanada de esa letra; la cual carece de valor probatorio para conmigo, puesto que mi obligación de librador, que era la de responder del pago de los tres mil pesos oro—artículo 773 del Código de Comercio,—quedó cumplida, esta fecha, debidamente. Asienta la disposición citada, artículo 773, que fuera de la obligación que el artículo 753 impone al librador, éste responde al tomador y endosatario hasta el último tenedor, de la aceptación y pago de las letras de cambio, aun cuando la haya girado en el carácter de comisionista, por orden y cuenta de un tercero.

“La letra interior, cancelada a virtud de pago efectivo, no es elemento probatorio contra mi persona, ni me produce obligación civil, y yerra el Tribunal cuando expresa: ‘la letra original presentada constituye un principio de prueba de un pacto que, por otra parte, aparece comprobado con la confesión que entraña el reconocimiento de la constancia que se dejó por escrito.’”

Considera la Corte que carece de fundamento la acusación anterior, porque la condenación al pago de los tres mil pesos, valor de la letra, no proviene de las obligaciones concernientes al contrato de cambio, sino del reembolso de ese valor que De la Rosa se comprometió a hacerle a Guerrero, según explícita confesión de aquél, por haberle aceptado y pagado éste una letra, para lo cual no tenía provisión de fondos, y que aceptó y pagó bajo el compromiso contraído por De la Rosa, de pagar su valor dentro del mismo plazo de la letra.

Según la confesión de Guerrero, ese compromiso reza así:

“A la 1ª: que la constancia que se le pone de presente, suscrita por el absolvente, y que dice:

‘Hago constar que en esta misma fecha he girado a cargo del señor Luis Aurelio Guerrero, mi letra número 78, y a la orden del Banco Hipotecario del Pacífico, por la suma de tres mil pesos (\$ 3,000) oro legal, a noventa (90) días vista; el citado señor Guerrero me acepta la letra a condición de traer en el término de los noventa días, a su oficina de esta ciudad, la misma cantidad, la suma de los mismos tres mil pesos (\$ 3,000) para atender el mencionado giro a la orden del Banco Hipotecario del Pacífico. En caso de no cumplir con lo dicho antes, el señor Guerrero puede protestar por falta de pago el giro número 78 en cuestión, quedando a mi cargo todos los perjuicios que pudieran sobrellevar, tanto el Banco Hipotecario del Pacífico como el señor Guerrero, tantas veces citado.’

‘En constancia de este convenio celebrado, dejo la presente constancia en Pasto, a once (11) de enero de mil novecientos veintisiete (1927).

‘César de la Rosa’

“Es verdadera, pero no fue inscrita en la fecha que indica la mencionada constancia, la cual se halla cancelada. Leída, la aprobó.”

Precisamente, por haber aceptado y pagado Guerrero la letra de cambio, está en la obligación De la Rosa de reembolsar su valor.

En el mismo orden de ideas acusa el recurrente la sentencia por violación de los artículos 747 y 854 del Código de Comercio, puesto que el contrato de cambio, dice, se perfeccionó y luego se extinguió por el pago efectivo, en virtud del cual el portador, Gerente del Banco Hipotecario, señor Tomás Velasco Dasté, otorgó recibo en la misma letra.

Este reparo queda contestado con la observación anterior. Quien pagó la letra en descubierto fue el librado, señor Aurelio Guerrero, con sus propios fondos, y el cobro de ellos no proviene, como se ha dicho, de relaciones entre librador, librado y portador, sino de la obligación contraída por De la Rosa de pagar a Guerrero dentro del plazo de la letra el valor que éste desembolsó, sin tener para ello provisión de fondos.

Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Pasto el cuatro de mayo de mil novecientos treinta y uno, y condena al recurrente en las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo ocho de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

La Sociedad Echeverri Hermanos, domiciliada en Girardot, demandó a la Commercial Union Assurance Company Limited, Sociedad inglesa con domicilio en Bogotá y otros lugares, al tenor de estas peticiones de libelo:

“Primero. Para que por sentencia se condene a la Sociedad Commercial Union Assurance Company Limited, a pagarle a Sociedad Echeverri Hermanos el seguro contra riesgos de incendio, estipulado por medio de la póliza número trece millones doscientos veintinueve mil doscientos cincuenta y nueve (13.229.259), la cual acompaño a esta demanda, y por causa de haber ocurrido siniestro por incendio el día diez y siete de marzo de mil novecientos veintitrés.

“Segundo. Para que, como consecuencia de la condenación de que trata el punto que precede, se condene a la misma Sociedad a pagar a Echeverri Hermanos, bien en dinero o bien con reemplazo, los objetos asegurados, cuya existencia y cuyo valor, si fuere el caso, se justifiquen, al tiempo del siniestro, sea en este juicio o en otro de ejecución de la sentencia.

“Tercero. Para que se condene a la misma Sociedad a pagar a Echeverri Hermanos los gastos de salvamento de algunos de los objetos asegurados, y según se fijen en este juicio o en otro de ejecución de la sentencia. Si en este juicio se fijaren, pido la condenación en la cantidad líquida.

“Cuarto. Para que se condene a la misma Sociedad a pagarle a Echeverri Hermanos los perjuicios que se le han causado y se le causen por la demora en pagar el siniestro, y desde la fecha que se fije en la sentencia,

por lo que resulta de autos, y hasta que el seguro se pague. Si esos perjuicios no se fijaren en cantidad líquida o liquidable en este juicio, la fijación se hará en juicio de ejecución; y si en este juicio se fijaren, pido la condenación en cantidad líquida."

Fundó el derecho en las disposiciones legales sobre contrato de seguros contra riesgos de incendio, y en los siguientes hechos:

"Primero. Por medio de la póliza número 13.229,259, de fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos veintidós, la Sociedad Commercial Union Assurance Company Limited, con domicilio en Londres y otros lugares, y en Bogotá, especial para este negocio, y debidamente representada, le aseguró a Echeverri Hermanos, contra riesgos por incendio y por rayo, las existencias de mercancías de su propiedad, consistentes en telas de todas clases, cuchillerías, artículos de lujo, cápsulas para revólver y para escopeta, etc., existentes en el almacén de Echeverri Hermanos, para la venta al por mayor y al detal y en depósito, almacén y depósito distinguidos con los números setenta y nueve, ochenta y uno y ochenta y tres del plano de la Compañía, en Girardot, Departamento de Cundinamarca, seguro que debía durar desde el doce de septiembre de mil novecientos veintitrés, y que se estipuló hasta por la cantidad de sesenta mil pesos moneda corriente colombiana.

"Segundo. El diez y siete de marzo de mil novecientos veintitrés ocurrió un incendio en el almacén a que se refiere el hecho que precede, y por este incendio fueron destruidos muchos objetos de los asegurados, otros averiados o dañados y algunos salvados en buen estado.

"Tercero. El mismo día del siniestro se le dio aviso de él a la sociedad aseguradora, por conducto de su Agente, y éste ocurrió a recibir las mercancías salvadas, y tomó también las llaves del almacén, como los libros y otros objetos.

"Cuarto. La Sociedad aseguradora no omitió ningún esfuerzo posible para salvar las mercancías y conservar sus restos.

"Quinto. La Sociedad Echeverri Hermanos no tenía sobre las cosas aseguradas ningún otro seguro.

"Sexto. En oportunidad la Sociedad Echeverri Hermanos presentó su reclamación por el siniestro, pero tal sociedad aseguradora, después de incidentes sobre arreglo amigable, es decir, sin necesidad de juicio, resolvió desconocer nuestro derecho a la indemnización, según carta de fecha del presente.

"Séptimo. La Sociedad aseguradora demoró el pago del siniestro, so pretexto de una investigación criminal contra uno de los socios de Echeverri Hermanos, por incendio, investigación iniciada sin duda por una acusación velada, y que terminó, como era natural, por un completo y justo sobreseimiento.

"Octavo. La Sociedad Echeverri Hermanos ha cumplido para con la Casa aseguradora con todas sus obligaciones legales."

La parte demandada se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas, y los hechos los contestó así:

"1° El contrato de seguro se celebró en las condiciones precisas, contenidas en la póliza que se cita y que se acompañó a la demanda.

"2° Es cierto.

"3° Los asegurados dieron el aviso al Agente la Compañía, pero no recuerdo la fecha.

"4° No es cierto.

"5° No me consta.

"6° La Sociedad que represento no ha desconocido ningún derecho a los demandantes, quienes en verdad, presentaron en tiempo su reclamo.

"7° La Sociedad que represento no ha demorado ningún pago a Echeverri Hermanos, porque nada les debe. Es verdad que la opinión pública, desde un principio, sindicó al señor Guillermo Echeverri como responsable del incendio, y que la autoridad levantó un sumario, y sindicó también al mismo señor Guillermo Echeverri, y que el sumario terminó por un auto de sobreseimiento, dictado contra la opinión del señor Agente del Ministerio Público.

"8° No es cierto."

En el mismo escrito dijo:

"Propongo las excepciones de pérdida por parte del asegurado a todo derecho procedente de la póliza, por violación del artículo 12 de la misma, de nulidad del seguro, y las demás que se desprendan de los hechos y omisiones que paso a enumerar:

"a) La reclamación presentada por la Sociedad aseguradora es fraudulenta.

"b) En apoyo de la reclamación se emplearon por el asegurado documentos engañosos, adulterados y sin ningún valor.

"c) El asegurado no ha justificado ante la Compañía aseguradora la existencia y el valor de los objetos asegurados al tiempo del siniestro.

"d) El asegurado no empleó el cuidado y celo a que estaba obligado para prevenir el siniestro, y antes bien, la Compañía aseguradora tiene fundados motivos para creer que provocó el incendio.

"e) El asegurado no ha probado la coexistencia de las circunstancias necesarias para establecer la responsabilidad de la Compañía aseguradora."

El cinco de noviembre de mil novecientos veintiséis, el Juez de primera instancia absolvió a la Compañía demandada.

La segunda instancia, surtida a virtud de apelación del demandante, terminó con la sentencia del Tribunal de Bogotá, de diez de mayo de mil novecientos veintiocho, en la cual "reconoce probada la excepción, consistente en haber apoyado la Sociedad aseguradora Echeverri Hermanos, del comercio de Girardot, su reclamación ante la Casa aseguradora, en libros adulterados o engañosos, y, en consecuencia, absuelve al demandado de todos los cargos de la demanda."

La parte actora se ha alzado en casación. La demanda reúne los requisitos legales, y por lo mismo es admisible.

El vocero del recurrente acusa la sentencia con apoyo en las causales primera y cuarta de la ley respectiva. Se examinan en orden inverso.

En busca de fundamentos para la causal cuarta, afirma el señor apoderado que el Tribunal ha declarado que existe el delito de adulteración de documentos, perpetrado con el fin de estafar una cantidad de dinero a la Compañía aseguradora, y que en el hecho de la existencia del delito fundó una excepción perentoria en juicio civil.

En el propósito de hallarle asidero a la acusación, invoca el artículo 39 de la Ley 169 de 1896, y concluye con ese precepto, que para ejercitar la acción civil para la reparación del daño causado por un delito debe, quien lo pretenda, o entablar conjuntamente la acción civil y la criminal, para que en la sentencia que ponga fin a la

última, se condene a la reparación; o intentar por separado las dos acciones, caso en el cual la civil se suspende hasta que se decida la criminal.

De ahí deduce la incompetencia del sentenciador para investigar el delito, declarar su existencia y condenar por él a sanciones civiles, sea con motivo de una acción o de una excepción, mientras no caiga sentencia de la autoridad en lo criminal, sentenciando por el delito.

Se considera:

Para que existiera la excepción de incompetencia de jurisdicción en el Tribunal en este caso, y fuera pertinente el artículo 39 de la Ley 169 de 1896, sería preciso que lo que se pide del demandado se fundara en hechos que implicaran la comisión de un delito, porque entonces el resultado de la acción dependería de que se reconociera o no la existencia de ese delito. Pero se ve claro que los demandantes no persiguen en este juicio la reparación de daño proveniente de un delito, sino el pago del seguro de incendio y de los accesorios correspondientes a esta acción, y la Compañía aseguradora, por su parte, en su condición de demandada, no ha hecho sino alegar en su defensa las excepciones que estima conducentes para librarse de la condenación. No dice la ley que cuando el reconocimiento de una acción puramente civil, ante el Juez también en lo civil, se oponga una defensa que pueda implicar la comisión de un delito, haya de abstenerse el Juez de fallar esa acción hasta que la autoridad en lo criminal decida si existe o no ese delito. Lo que los artículos 720 y 724 del Código Judicial daban a entender cuando se articula de falsedad de un documento por la parte a quien se opone, era que quedaba a salvo la acción criminal contra el falsario, si se reconoce por el Juez civil que existe la falsedad.

El Tribunal en este caso se limitó a reconocer, fundado en pruebas que analiza, que la parte demandante, para exigir a la Compañía el pago de la reclamación, se valió de libros adulterados o engañosos, y que, por lo mismo, era el caso contemplado en la cláusula doce (12) del contrato de seguro, y por ello absolvió al demandado. Otra cosa es que el Tribunal haya apreciado bien o mal las pruebas para llegar a esa conclusión, lo que es materia de la causal primera, pero no de la cuarta, o de que aquél carezca de jurisdicción, y por lo mismo no puede reconocerse acreditada esta última causal y la consiguiente violación de las disposiciones que cita el recurrente.

Varios son los reparos que el recurrente formula a la sentencia con fundamento en la causal primera. Empieza la Sala por el estudio de las críticas contenidas en las letras e), f) e i) de la demanda de casación.

Lo pertinente del fallo del Tribunal, en cuanto reconoció probada la primera excepción alegada por la parte demandada, es del tenor siguiente:

"Mas como aquella Compañía avanzó en el campo de su defensa, en el sentido de proponer la excepción, consistente en haber violado Echeverri Hermanos la cláusula doce de la póliza de seguro; es procedente estudiar lo relacionado con tal excepción.

"En el caso de que la reclamación de daños presentada por el asegurado—dice aquella cláusula duodécima—fuera de cualquiera manera fraudulenta; si en apoyo de dicha reclamación se hicieran o utilizaran declaraciones falsas; si se emplearan medios o documentos engañosos o dolosos por el asegurado o terceras personas, obrando por cuenta de éste, a fin de realizar un beneficio cualquiera con motivo de la presente póliza; si el siniestro

hubiera sido voluntariamente causado por el asegurado o con su complicidad; si el asegurado o cualquiera otra persona, obrando por cuenta de éste, pusiera obstáculo a que la Compañía ejercitase los derechos estipulados en el artículo once, o tratase de impedirlo, en el caso que la Compañía rechazara la reclamación de daños que se le hicieren, si no se entablara una acción judicial civil ante los Tribunales, en los tres meses siguientes al día de su negativa a admitir la reclamación, o al de la fecha del dictamen del o de los árbitros o del árbitro tercero, siempre que un arbitraje tuviera lugar con arreglo al tenor del artículo 17 de estas condiciones, el asegurado o sus derechohabientes quedarían privados de todo derecho procedente de la presente póliza."

Sostiene el apoderado de la Casa aseguradora, que Echeverri Hermanos quebrantó esta cláusula, por haber apoyado la reclamación que hizo ante su cliente en libros o documentos engañosos, por cuanto el asegurado reclamó cuarenta y cinco mil doscientos sesenta y cuatro pesos sesenta y siete centavos, fundándose en sus libros de comercio, entre los cuales está el de Inventarios y Balances y el Borrador de éste, no obstante aparecer manifiestamente adulterado el mencionado libro borrador de inventarios y balances. Alude también aquel apoderado a un nuevo quebrantamiento de esta cláusula doce, por no haberse entablado la acción civil dentro de los tres meses siguientes al de la negativa de la Compañía a reconocer la reclamación formulada por Echeverri Hermanos; mas no funda expresamente su defensa en este extremo, ni fundarla podría, porque al decir de la carta suscrita por el representante de The Commercial Union Assurance Company, el cinco de febrero de mil novecientos veinticinco, fue en el mes de diciembre de mil novecientos veinticuatro cuando la Casa aseguradora formuló su negativa definitiva a Echeverri Hermanos; luego habiéndose presentado la demanda de esta Sociedad en febrero de mil novecientos veinticinco, es indudable que la acción judicial se formalizó de acuerdo con la cláusula doce, dentro de los tres meses siguientes al día en que la Casa aseguradora negó el reclamo a los asegurados. (Folio 61, cuaderno principal).

Queda en pie el otro extremo de la excepción, o sea el consistente en que la Sociedad asegurada fundó su reclamación ante el asegurador en libros engañosos o adulterados. Al respecto se observa:

Desde el treinta y uno de marzo de mil novecientos veintitrés, fecha en que por vez primera formuló su reclamo Echeverri Hermanos, se apoyó en los libros de comercio que llevaba en su almacén, puesto que al folio 48 vuelto de aquel cuaderno dijeron que "según los libros, el saldo de mercancías en quince de marzo, era de \$ 57,846-20."

Posteriormente Guillermo Echeverri, en nombre de Echeverri Hermanos, dijo bajo juramento ante el Juez 1º Municipal de Girardot, lo siguiente:

"En Girardot, a dos de abril de mil novecientos veintitrés, presente en el Despacho del Juzgado 1º Municipal el señor Guillermo Echeverri, el señor Juez le recibió juramento en forma legal, y bajo su gravedad expuso: en cumplimiento del artículo 10 de las condiciones a que se refieren las pólizas de la Commercial Union Assurance Company Limited, declaro que la reclamación que he hecho a dicha Compañía, con fecha treinta y uno de marzo próximo pasado, en nombre de Echeverri Hermanos, por el siniestro de incendio sucedido en las mer-

cancias de la Sociedad, el día diez y siete del mismo mes de marzo, reclamación que subió a la suma de cuarenta y cinco mil doscientos sesenta y cuatro pesos sesenta y siete centavos moneda corriente, está formada y basada en todos sus extremos en ella consignados, en virtud de estudios de la contabilidad de la Casa, y así es exacto en cuanto no dependa de errores cometidos por inadvertencia, y que si no está detallada con más precisión, se debe al plazo angustioso que concede la Compañía para formalizarla, el cual no quiso ampliar, como se lo sollicité oportunamente." (Folio 16 vuelto del cuaderno de pruebas del mismo demandante).

Posteriormente, Echeverri Hermanos hizo la misma declaración en su carta de tres de febrero de mil novecientos veinticinco, dirigida a los señores Urquhart, Carvalho Company, en los siguientes términos:

"El monto de tales perjuicios lo arrojan claramente los libros llevados en la casa comercial perjudicada, o sea la de Echeverri Hermanos, que como socio represento." (Folio 25 de este cuaderno).

En los pasajes que quedan transcritos aparece nítida la idea de que Echeverri Hermanos apoyó su reclamo a la Compañía aseguradora en sus libros de comercio; de suerte que si estos libros están adulterados, y por consiguiente, son ocasionados a engaño, será preciso concluir que el asegurado perdió el derecho conferido por la póliza de seguro, al tenor de lo prescrito por la cláusula duodécima copiada ya. Pues bien:

Los libros de la Casa Echeverri Hermanos, que fueron tomados por el Agente de la Compañía aseguradora en Girardot, fueron entregados por él a las autoridades que estaban investigando si había responsables del incendio ocurrido en el almacén de Echeverri Hermanos, puesto que así lo declara el apoderado de Echeverri al folio 10 de su alegato, presentado en esta segunda instancia el cinco de diciembre último, cuando dice:

"Mis clientes, a pesar de no estar obligados ni por la ley ni por el contrato, a exhibir o presentar libros, no tuvieron inconveniente en entregar dichos libros a los aseguradores, y éstos, en vez de examinarlos, y hacer legalmente las objeciones del caso, se desprendieron de los libros, no para entregárselos a mis clientes, sino para secuestrarlos en un sumario."

Los libros que obraban en el sumario eran, por tanto, los que el Subagente de la Compañía aseguradora había recibido de Echeverri Hermanos en los días del siniestro. Entre esos libros figura el Borrador de Inventarios y Balances, respecto del cual dijo el apoderado de los demandantes lo siguiente, dentro de la inspección ocular practicada por el Tribunal en la segunda instancia:

"En este estado, el apoderado de la Casa demandante manifestó que no reconoce como auténtico el inventario mencionado, y afirma que ese inventario está adulterado, y que no fueron sus representados quienes lo presentaron en el sumario, sino que lo presentó un Agente de la Casa demandada. El doctor Navarro manifestó que no es propiamente un inventario sino un borrador."

Como la confesión de parte es, más que prueba, relevo de prueba, no hay necesidad de analizar otros elementos de prueba para establecer que en realidad aquel libro borrador de inventarios y balances está adulterado; sólo resta sobre el particular decir que las adulteraciones son de tal magnitud, que cobijaron cerca de cien partidas, y en forma tal, que al decir de los peritos que intervinieron en esta segunda instancia, se infló la existencia de

mercancías para el día del incendio, en treinta y un mil cuatrocientos treinta y ocho pesos, para presentar un activo de cincuenta y ocho mil seiscientos treinta y siete pesos sesenta centavos. (Dictamen pericial, folio 16 del cuaderno número 6).

La exposición distinguida con las letras e) y f) de la demanda de casación, se encamina a tachar la sentencia en los apartes anteriores por error de derecho y por errores de apreciación de la declaración que hizo el apoderado de Echeverri Hermanos en la inspección ocular practicada en segunda instancia, declaración en la cual, a la vez que dicho apoderado manifestó que no reconoce como auténtico el borrador de inventarios que figuraba en el sumario en averiguación de los responsables del incendio del Almacén Imán, en el Juzgado 3° Superior de Bogotá, afirmó que dicho inventario está adulterado; que no fueron sus mandantes quienes lo presentaron en el sumario, sino un Agente de la Compañía aseguradora; que no es propiamente un inventario sino un borrador. Acusa también el fallo por error de derecho en la apreciación del dictamen de los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular practicada en segunda instancia. Como consecuencia de estos errores señala como quebrantados los artículos 555, 568, 573 del Código Judicial, 79 y 80 de la Ley 105 de 1890.

Los motivos en que se funda el recurrente en esa parte de su demanda, pueden sintetizarse así:

Consiste el error de apreciación en la declaración del apoderado de los demandantes, en creer que éste, en el carácter expresado, confesaba por cuenta de sus poderdantes la comisión de un delito; en estimar que reconoció como auténtico el borrador de inventario mencionado y como adulterado por sus representados, único modo de que la manifestación de dicho apoderado sirviera para condenar. Dice también el autor del recurso que para que una declaración tenga el carácter de confesión, es necesario que haya habido intención formal de reconocer la verdad de las declaraciones de la parte contraria, condición que no reúnen las simples alegaciones en apoyo de los fundamentos de la demanda o la defensa, como es el caso aquí, fuera de que la declaración no ha sido hecha por la parte, ni por un apoderado especial instruido al efecto. Agrega que la manifestación del apoderado doctor Navarro es indivisible, y que el Tribunal toma de ella lo que puede perjudicar al demandante, y hace caso omiso de las circunstancias de que el borrador de inventarios no es auténtico, ni fueron sus poderdantes quienes lo presentaron en el sumario.

"Erró el Tribunal—dice el recurrente—al estimar el dictamen pericial, porque cuando se presentó y perfeccionó, ya estaba ejecutoriado el auto de citación a las partes para sentencia. El dos de mayo de mil novecientos veintisiete se desfijó el edicto de citación; el diez del mismo mes quedó notificado el auto que negaba la revocación del de citación, y fue el diez y seis de ese mes cuando se presentaron los dictámenes y se dio traslado de ellos....."

Se considera:

El error de hecho y de derecho que se alega, en cuanto a la apreciación de la declaración del apoderado de los demandantes en la inspección ocular de segunda instancia, da fundamento completo al cargo. Efectivamente, el mencionado apoderado no confesó que fueran sus poderdantes quienes adulteraron el borrador de inventarios; dijo que dicho borrador, cuya autenticidad no reconocía, estaba adulterado. Por consiguiente, al decla-

rar el Tribunal probado que fueron los demandantes quienes hicieron aquella adulteración por la confesión que rindió su apoderado, incurrió en error evidente de hecho y de derecho, con los cuales violó el artículo 555 del Código Judicial.

También es fundado el cargo de violación del artículo 79 de la Ley 105 de 1890, sobre valor probatorio de la exposición pericial, porque el Tribunal se fundó en la que dieron los peritos en la diligencia de inspección ocular de segunda instancia, en orden a las alteraciones halladas por dichos peritos en el borrador de inventarios, y al concepto de haber sido ejecutadas por los demandantes, inflando el inventario principal; porque ese dictamen pericial no llegó a perfeccionarse legalmente. Al efecto: el dos de mayo de mil novecientos veintisiete se desfijó el edicto de notificación del auto de citación para sentencia, y aunque dicho auto fue reclamado, la negativa quedó notificada por edicto el doce del mismo mes, y sólo los días trece y diez y seis, respectivamente, se presentaron y pusieron en conocimiento de las partes los dictámenes periciales, cuando ya estaba cerrado el debate. (Véase cuaderno número 5º, folios 35 y 37, y cuaderno 6º, folios 16 y 17). El dictamen pericial no alcanzó, pues, a perfeccionarse legalmente para ser tenido en cuenta. (Casación de 27 de marzo de 1925, *Gaceta Judicial*, tomo XXXI, página 211). Pero por estas solas violaciones de la ley no puede casarse la sentencia, porque ésta tiene otro fundamento.

Continúa ésta diciendo:

"En escritos vacilantes unas veces y otras en memoriales rotundos, como el del folio 12 del cuaderno número 7, ha dicho el apoderado de Echeverri Hermanos que quien adulteró ese libro fue la Casa aseguradora; mas semejante afirmación ni siquiera tiene visos de verosimilitud, porque, según se hizo constar en la inspección ocular practicada por el Tribunal sobre aquel libro (folio 2 vuelto, cuaderno número 6), y según lo afirman los peritos Milciades Otálora, Simón Araújo y Manuel S. Piñeros, la cifra de cincuenta y ocho mil seiscientos treinta y siete pesos sesenta centavos representa el total de los sumandos que figuran en aquel borrador, incluyendo las adulteraciones, y es precisamente esa cifra, aumentada con mil ciento treinta y nueve pesos, valor de los muebles de Echeverri Hermanos, la que aparece en el libro principal de inventarios y balances, estampada por Echeverri Hermanos. La partida del libro principal de inventarios fue, pues, posterior a la que aparece en el borrador de ese libro, y como al poder de la Casa aseguradora no llegaron los libros sino después de sentada la partida de cincuenta y ocho mil seiscientos treinta y siete pesos sesenta centavos, resulta del todo inexplicable que haya sido dicha Casa quien hizo las adulteraciones del libro borrador, máxime si se considera que, como lo dijeron los peritos Otálora, Araújo y Piñeros, "la similitud de la letra y números con que fue escrito todo el borrador y la de las citadas alteraciones fueron hechas, al parecer, por la misma persona que escribió aquél."

Aceptado que Echeverri Hermanos fue quien asentó la partida del libro principal de inventarios y balances, y aceptado que entre los libros de esa Sociedad figuraba el borrador sobre que versó la inspección ocular practicada por el Juez de la causa y por el Tribunal, surge un dilema de consecuencias funestas para la Casa demandante, a saber: o la cifra de cincuenta y ocho mil seis-

cientos treinta y siete pesos sesenta centavos que aparece en el borrador del inventario fue obra de una adulteración anterior al asiento que obra en el libro principal de inventarios con aquella cifra, o fue posterior al asiento del libro principal; si lo primero, es evidente que ninguna responsabilidad puede caber en la adulteración a la Casa aseguradora, puesto que ella no tuvo en su poder esos libros, sino después de que se hizo en el libro principal el asiento por Echeverri Hermanos; si lo segundo, es decir, si la adulteración del borrador fue posterior al asiento del libro principal, es inevitable reconocer que antes de éste existía otra cifra en el borrador, y si existía, es claro que Echeverri Hermanos, al asentar en el libro principal la cifra de cincuenta y ocho mil seiscientos treinta y siete pesos sesenta centavos como valor de mercancías existentes, adulteraron lo que rezaba el borrador antes de consumarse las enmendaturas confesadas por el apoderado de Echeverri Hermanos y comprobadas por los peritos que intervinieron en la diligencia. Y este último miembro de la hipótesis se corroboraría con la circunstancia de que los señores demandantes no han dado la más leve explicación del hecho, consistente en que, a pesar de que el libro borrador de inventarios no arrojaba la suma de cincuenta y ocho mil seiscientos treinta y siete pesos sesenta centavos, tal suma fue trasladada al libro principal de inventarios y balances. Lejos de haber una explicación sobre esto, lo que resulta es que Echeverri Hermanos asentó ilegalmente esa partida, ya que no es cierto, como lo dice el apoderado de Echeverri Hermanos, que pueda asentarse en el libro de inventarios y balances una partida en globo, como aparece en la contabilidad de aquella Sociedad, porque tal cosa no sólo repugna al sentido que tiene la palabra **inventario**, sino que se opone abiertamente a lo que el legislador ordena en el artículo 36 del Código de Comercio, cuando dice:

"Al abrir su giro todo comerciante, hará en el libro de inventarios y balances **una descripción exacta y completa** de todos los bienes, muebles e inmuebles, créditos activos y pasivos."

"La Sala sentenciadora no pone, por lo tanto, en tela de juicio, el concepto formulado por el personero de la Casa aseguradora, al decir que la Sociedad Echeverri Hermanos presentó ante aquélla su reclamo, basado en libros adulterados o engañosos, y en tal virtud, debe darse aplicación a lo que la cláusula doce de la póliza establece para esos casos."

Considera el autor del recurso, punto i) de la demanda, que en los apartes anteriores incurrió el Tribunal en errores de hecho y de derecho, con los cuales violó el artículo 1516 del Código Civil y los artículos 27, 28 y 31 del Código de Comercio, lo mismo que las disposiciones sustantivas de que trata el cargo marcado con la letra a), que son: el artículo 26 de la Constitución Nacional, el artículo 1501 del Código Judicial, 52 de la Ley 105 de 1890, 1515 del Código Civil y 647, 663, 638, 680, 674, 646, 659 y 676 del Código de Comercio.

Los fundamentos del cargo pueden resumirse así: que no hay duda ninguna de que los libros de Echeverri Hermanos no han figurado en este juicio, para que el Tribunal se pusiera a establecer comparaciones entre el libro principal de inventarios y balances y el borrador del mismo libro; que las referencias a tales libros, procedentes de las constancias del apoderado de la parte de-

mandada, no reemplazan tales libros, ni el dictamen de los peritos de la segunda instancia, por haberse rendido cuando se había cerrado el debate. Que no hay prueba fehaciente en autos de que el borrador de inventarios fue de los papeles entregados por el demandante al demandado, ni menos de que lo fue entregado con enmendaturas. De modo que al tener en cuenta el sentenciador las constancias dejadas por el apoderado de la contraparte, el dictamen de los peritos, lo mismo que el hecho de haber sido entregado el borrador de inventarios por el demandante a los demandados con enmendaturas, incurrió en errores evidentes de hecho. Que el dilema que sienta el Tribunal admite otros extremos, como los siguientes: que el borrador sin enmendaturas de ninguna clase arrojará una cantidad igual a la partida que se sentó en el libro principal de inventarios; que en manos distintas de Echeverri Hermanos, y con posterioridad al incendio, se alteró maliciosamente tal borrador, dejándolo en el estado en que últimamente se halló, para hacer creer que la reclamación se fundaba en documentos alterados, y, por último, que el citado borrador era de Echeverri Hermanos, y que, como todo borrador, estaba lleno de enmendaturas.

De estos supuestos—dice el autor del recurso—no se podía concluir, como lo hizo el Tribunal, que tales enmendaturas eran dolosas, no sólo porque hay pruebas que no quiso apreciar el Tribunal, de que el día del incendio había mercancías en el almacén asegurado por valor igual al reclamado, lo que aleja toda sospecha de inflación, sino porque el dolo no se presume, y esas simples enmendaturas no lo acreditan.

Por consiguiente—concluye en esa parte el recurrente—al dar el Tribunal carácter de plena prueba de dolo a esas enmendaturas, que no demuestran inflación, incurrió en error de hecho evidente en los autos, por atribuir a la entidad demandante las enmendaturas, sin estar demostrado que ella las hiciera; y en error de derecho, al dar, a lo que a lo sumo puede ser un indicio no necesario, el carácter de plena prueba, con lo cual violó el artículo 1516 del Código Civil, porque no presumiéndose el dolo conforme a esta disposición, y no habiéndolo probado el demandado, lo relevó de esa prueba.

Que no hay constancia—continúa el autor del recurso—de que los libros de comercio de Echeverri Hermanos, propiamente tales, estuvieran con enmendaturas, que las hojas constitutivas del borrador de inventarios, no son libros de comercio, ni forman parte de la contabilidad, sino que tienen el carácter de apuntes privados, que no están destinados a servir de prueba, ni en pro ni en contra de quien lleva esos apuntes. De manera que al elevar el Tribunal tales apuntes a la categoría de libros de comercio, incurrió en error de hecho al confundirlos con un libro de esa clase, y en error de derecho, al darles el valor de plena prueba en contra de la parte demandante, con lo cual violó los artículos 27, 28 y 31 del Código de Comercio, y consecuentemente, las disposiciones citadas en el cargo a) de la demanda de casación.

Se considera:

La Corte sólo puede variar la apreciación de pruebas hecha por el Tribunal cuando se funde en claros errores de hecho o de derecho. Como se ve, el Tribunal concluye que la Sociedad de Echeverri Hermanos presentó su reclamación basada en libros adulterados o engañosos, y que, por consiguiente, era el caso contemplado en la cláusula doce (12) del contrato de seguro, conclusión

que deduce de estas premisas: de que fueron dichos demandantes quienes adulteraron en el borrador de inventarios la partida de cincuenta y ocho mil seiscientos treinta y siete pesos sesenta centavos (\$ 58,637-60), que aparece en el libro principal de inventarios y balances, porque fueron ellos quienes asentaron tal partida en ese libro principal de inventarios y balances; ya que entre los libros de Echeverri Hermanos figuraba el borrador sobre que versó la inspección ocular practicada por el Juez de primera instancia y por el Tribunal; y que no aparece que la adulteración comprobada en el borrador de inventarios, por la inspección del Tribunal y el dictamen de los peritos de que éste se asoció, fuera obra de la parte demandada, ni haber dado los demandantes explicación satisfactoria de porqué, no obstante no figurar en el libro borrador aquella suma, fue trasladada en globo al libro principal de inventarios, adulterándola así los mismos demandantes, máxime—dice el Tribunal—si se tiene en cuenta que por la similitud de la letra y números con que fue escrito todo el borrador y la de las citadas enmendaturas, como lo anotan los peritos de la segunda instancia, fueron hechas, al parecer, por la misma persona que escribió aquél (el borrador); y que es ilegal y repugna con lo que significa la palabra inventario, sentar en el libro de este nombre partidas en globo, como las que aparecen en el de la Casa demandante, porque el artículo 36 del Código de Comercio exige que el comerciante, al abrir su giro, haga una descripción exacta y completa de los bienes muebles e inmuebles, créditos activos y pasivos.

A todo lo anterior observa la Corte que, no pudiéndose tener en cuenta, como se dijo atrás, la confesión del apoderado de los demandantes en la diligencia de inspección ocular de segunda instancia, ni el dictamen de los peritos que en ella intervinieron, para declarar con seguridad que fueron dichos demandantes quienes adulteraron el borrador de inventarios, sólo quedaría como prueba, para establecer que era dolosa aquella alteración, lo mismo que el asiento en el libro principal de inventarios y balances, lo observado por el Juez de primera instancia, y que consiste principalmente en haberse hecho asientos en globo en dicho libro, y asientos mensuales y no diarios en el libro de este nombre; constancias que si bien implican que los libros principales de comercio de la Casa demandante no prestan fe, por no haberse llevado de acuerdo con las prescripciones establecidas por los artículos 34 y 36 del Código de Comercio, ni ser completos, por no haberse llevado el libro de correspondencia o cartas, según lo declaró uno de los socios de dicha Casa, tales constancias no comprueban plenamente que esos asientos sean dolosos o engañosos, ya que tampoco en lo material aparecieron adulterados, y que, por consiguiente, fuera el caso de la excepción convenida, estipulada en la cláusula doce (12) del contrato de seguro, sino de llegar a otra conclusión para el reconocimiento de las acciones materia de la demanda. De modo que al dar el Tribunal por probado el dolo empleado por la parte demandante con los asientos en globo del libro principal de inventarios y con las alteraciones halladas en el libro borrador....., las que, como se ha dicho, no se ha demostrado que fueran hechas por los demandantes, porque la prueba allegada es deficiente, el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho, con los cuales violó el artículo 1516 del Código Civil, según el cual, el dolo debe probarse plenamente en los casos en que la ley no lo presume. Por estas violaciones y las que se anotaron en el cargo ante-

rior, debe casarse la sentencia, sin necesidad de examinar los demás cargos.

Para resolver en instancia, se considera:

En los capítulos primero y segundo del libelo de demanda, se pide se condene a la Sociedad Commercial Union Assurance Company Limited a pagarle a la Sociedad Echeverri Hermanos el seguro contra riesgo de incendio, estipulado por medio de la póliza número trece millones doscientos veintinueve mil doscientos cincuenta y nueve (13.229,259), por haber ocurrido siniestro por incendio el día diez y siete de marzo de mil novecientos veintitrés; y como consecuencia de esa condenación, a pagar a la misma Sociedad de Echeverri Hermanos, bien en dinero o bien con reemplazo, los objetos asegurados, cuya existencia y valor, si fuere el caso, se justifiquen al tiempo del siniestro, sea en este juicio o en otro de ejecución de la sentencia.

Respecto de la personería de las partes en el juicio, existencia del contrato de seguro, el hecho del incendio bajo la vigencia del seguro, el hecho de haber dado los demandantes aviso oportuno del siniestro a la Compañía aseguradora; que la asegurada no tenía sobre las cosas aseguradas ningún otro seguro; que presentó en tiempo su reclamación; que la Compañía aseguradora demoró el pago del seguro, y que se sobreseyó en el sumario adelantado para averiguar si era responsable uno de los socios de Echeverri Hermanos en el siniestro, la Corte acoge lo que el sentenciador relata en su fallo, así:

"Las Compañías militantes en el juicio han estado bien representadas, porque al folio 34 del cuaderno principal obra el certificado notarial que, según precepto del artículo 36 de la Ley 40 de 1907, acredita la personería del señor Guillermo Echeverri para obrar en representación de la sociedad colectiva denominada Echeverri Hermanos, y por lo que hace a la Sociedad demandada, da fe el Diario Oficial de 12 de enero de 1922, que el Poder Ejecutivo declaró cumplido por parte de la Sociedad extranjera The Commercial Union Assurance Company Limited, los requisitos legales exigidos por los Decretos números 2 y 37 de 1910 (folio 30). La personería del señor James Warden Urquhart para representar a la Compañía demandada la acreditan el folio 46 vuelto, donde aparece el poder que el Gerente de la sociedad anónima denominada Urquhart, Carvalho & Limited otorgó a Warden Urquhart para representar a dicha Sociedad en Colombia; los folios 41 a 46, en los cuales aparece que dicha Compañía protocolizó sus estatutos en Colombia; los folios 35 a 40, en donde aparece la prueba de que la Sociedad demandada protocolizó también sus estatutos en la Notaría 1ª del Circuito de esta ciudad, y dio poder a Urquhart, Carvalho and Company Limited para representar la Commercial Union Assurance en los negocios que ésta tuviera en la República de Colombia. No hay, pues, dificultad ninguna acerca de la personería de las partes en el juicio, ni en el curso de la litis se ha suscitado discusión alguna sobre ella.

"El folio 46 del cuaderno principal lo constituye la póliza de seguro otorgada por la Sociedad demandada a favor de Echeverri Hermanos, del comercio de Girardot, mediante la cual The Commercial Union Assurance Company Limited aseguró la existencia de mercancías de propiedad de Echeverri Hermanos, consistente en telas de todas clases, cuchillería, artículos de lujo, cápsulas para revólver y escopeta, etc., etc., existentes en el almacén situado en Girardot, bajo los números 79, 81 y 83 de la carrera 4ª, comprendido dentro de los linderos es-

pecificados en la póliza, por la suma de \$ 60,000 moneda corriente, mediante la prima de \$ 480 de la misma moneda, de cuyo recibo da fe la misma póliza.

"En ésta aparecen la firma del asegurado y las estampillas debidamente anuladas por el Subagente del asegurador en Girardot, y se hace constar que el seguro comprende las pérdidas causadas por incendio o por rayo, ocurridas entre el doce de septiembre de mil novecientos veintidós y el doce de septiembre de mil novecientos veintitrés. De conformidad con el artículo 632 del Código de Comercio, aparece, pues, demostrado el primer hecho de la demanda, o sea la existencia del contrato de seguro pactado entre The Commercial Union Assurance Company Limited, de Londres, y Echeverri Hermanos, de Girardot.

"El hecho segundo de la demanda, o sea el incendio ocurrido en la madrugada del diez y siete de marzo de mil novecientos veintitrés, bajo la vigencia de la póliza de seguro, demostrado está también en autos con la confesión lisa y llana que el demandado dio al contestar aquel segundo hecho de la demanda.

"La afirmación contenida en el numeral tercero de los hechos, consistente en que el mismo día del siniestro se le dio aviso a la Sociedad aseguradora por conducto de su Agente, y éste ocurrió a recibir las mercancías salvadas y a tomar las llaves del almacén con los libros y otros objetos, aparece demostrado también, ora con la confesión del demandado, quien acepta, al contestar el tercero de dichos hechos de la demanda, que los asegurados dieron el aviso al Agente de la Compañía; ya con la declaración del Subagente de ésta en Girardot, en la cual aparece que el señor Alejandro Escobar tuvo noticia del incendio en el acto en que éste se desarrollaba; que se trasladó inmediatamente al lugar del siniestro; que solicitó de Echeverri Hermanos los libros, y que éstos los tomó dicho Agente para llevarlos a su oficina con el objeto de hacer un estudio sobre ellos (folio 47 del cuaderno de pruebas del demandante en primera instancia). Con la copia de la nota pasada por Alejandro Escobar, Subagente de la Compañía aseguradora al Comisario 6º de la Policía Nacional, copia visible al folio 13 vuelto del cuaderno de pruebas del demandante, se comprueba que la Sociedad aseguradora recogió las mercancías salvadas, de acuerdo con el inventario firmado por ella, y que constituye los folios 50 a 56 del cuaderno principal.

"La misma observación se hace respecto del hecho quinto, en el cual asegura el demandante que la Sociedad Echeverri Hermanos no tenía sobre las cosas aseguradas ningún otro seguro: tal afirmación ha de tenerse por verídica, porque en autos no se comprobó la existencia de ningún otro contrato de seguros celebrado por Echeverri Hermanos, sobre las mismas mercancías que aseguró ante la Commercial Union Assurance Company Limited.

"Que la Sociedad Echeverri Hermanos presentara su reclamación por el siniestro oportunamente, como lo afirma el hecho sexto, es cuestión reconocida en autos por el demandado, al contestar aquel hecho sexto de la demanda; y que la Compañía aseguradora le desconoció al asegurado el derecho a la indemnización de daños causados por el siniestro, es también cuestión probada en el expediente, no sólo con la carta que obra al folio 71 del cuaderno principal, sino con la declaración que el abogado de la Compañía aseguradora hizo al folio 5º de su alegato de conclusión en esta segunda instancia, en los siguientes términos:

‘Convencida la Compañía de que la reclamación era fraudulenta, y que en su apoyo se aducían documentos engañosos o dudosos, declaró a los asegurados que, de acuerdo con la estipulación perentoria contenida en la condición duodécima de la póliza, ellos habían quedado privados de todo derecho procedente de la misma.’

‘El hecho séptimo de la demanda es verdadero, en cuanto afirma que la Compañía aseguradora demoró el pago del siniestro, y aun se podría agregar que no sólo lo demoró sino que no lo ha hecho. Que la demora obedeciera a la investigación criminal que se adelantaba contra uno de los socios de Echeverri Hermanos para averiguar su responsabilidad en el siniestro, es cierto, porque así lo dicen claramente las cartas de veintiuno de marzo y cinco de junio de mil novecientos veintitrés, dirigidas por los representantes de la Commercial Union Assurance a Echeverri Hermanos (folios 26 y 27, cuaderno número 4).

‘Ciertamente es también que esa investigación criminal terminó con sobreseimiento, aunque temporal, porque así lo demuestran los folios 21 del cuaderno número 3 y 7 vuelto del cuaderno número 7).’

Se trata de saber si, comprobados como están también el pago de la prima oportunamente, la condición de asegurables que ofrecen las cosas materia del seguro, la expresión de la suma asegurada y la ausencia de responsabilidad de los asegurados en el incendio, según el sobreseimiento decretado por la autoridad en lo criminal, hay lugar a hacer las condenaciones que contienen los puntos primero y segundo de la demanda, ya que el artículo 663 del Código de Comercio preceptúa que “el siniestro se presume ocurrido por caso fortuito,” y que el artículo 674 de la misma obra establece que “el asegurador contrae la obligación de pagar al asegurado la suma asegurada o parte de ella, siempre que el objeto asegurado se pierda total o parcialmente o sufra algún daño por efecto del caso fortuito que hubiere tomado a su cargo.”

Conforme al contrato de seguro, fueron materia de él las mercancías existentes en el almacén y en depósito del local de Echeverri Hermanos, situado en Girardot, Departamento de Cundinamarca, distinguido con los números 79, 81 y 83, seguro que debía durar desde el doce (12) de septiembre de mil novecientos veintidós hasta el doce (12) de septiembre de mil novecientos veintitrés, por la cantidad de sesenta mil pesos (\$ 60,000) moneda corriente colombiana.

Conforme al artículo 648 del Código de Comercio, en su última parte, sea que el seguro consista en almacenes u otros establecimientos de comercio, o en los muebles que forman el menaje de una casa que no sean de gran precio, “el asegurado deberá individualizar los objetos asegurados y justificar su existencia y valor al tiempo del siniestro.”

Los demandantes afirmaron en su reclamación que, salvo error u omisión, tenían en el almacén materia del seguro, mercancías por valor que en un principio fijaron en un saldo de cincuenta y siete mil ochocientos cuarenta y seis pesos veinte centavos (\$ 57,846-20), y después, en cuarenta y cinco mil doscientos sesenta y cuatro pesos sesenta y siete centavos (\$ 45,264-67), según la contabilidad de la Casa demandante.

¿Cumplieron los demandantes con el deber legal y contractual de individualizar y comprobar la existencia de mercancías aseguradas y su valor al tiempo del siniestro

en este caso? Los demandados niegan estos hechos, y los alegaron también como excepción.

No individualizó el demandante la parte de mercancías salvadas en el incendio, ni determinó su valor al tiempo del siniestro; pero la entrega de ellas a los aseguradores y la existencia de las mismas al tiempo del siniestro, no se discute, como lo dice el Tribunal en este juicio. En él se trata solamente de las destruidas por el incendio. La existencia y valor de éstas al tiempo del siniestro, si tiene que comprobarlas la parte demandante. ¿En qué momento? El Tribunal dice que esa prueba puede darse en el momento de pagar la indemnización, caso que se reconozca, y no en el presente juicio, en que se trata de saber si la parte aseguradora es responsable o no del siniestro.

La Corte estima que, por lo menos, la prueba de la existencia de la cosa asegurada al tiempo del siniestro debe darse en el juicio en que se discute la obligación de pagar el seguro, porque la existencia de la cosa al tiempo del siniestro hace parte de la acción. Tratándose, como es el caso, de seguro de almacenes, que se renuevan constantemente por las operaciones de venta y reemplazo, no basta que aquellas existieran al tiempo de contratar el seguro o después, sino que existan al tiempo del siniestro; pues bien ha podido el asegurado disponer de tales cosas en el tiempo intermedio, y no sufrir entonces perjuicios que se le deban indemnizar. No sucede lo mismo con la prueba del valor de la cosa asegurada al tiempo del siniestro, porque probada la existencia de aquella en ese tiempo, en el juicio en que se discute la obligación de pagar el siniestro, sólo quedaría por determinar el monto o cuantía del perjuicio sufrido con relación al precio de la cosa al tiempo del siniestro, lo que sí puede ser materia de controversia posterior sobre aquellas bases, conforme a la ley.

Además, fue materia del contrato de seguro en este caso, que el asegurado debía comprender en lo posible en la relación o estado de las pérdidas sufridas, la de los “varios objetos destruidos o averiados.”

Ahora: los asegurados Echeverri Hermanos afirmaron que la existencia de la mercancía amparada por el seguro contratado, era, el día del incendio, de un valor de cincuenta y siete mil ochocientos cuarenta y seis pesos veintidós centavos (\$ 57,846-22), y que, deduciendo el valor de la mercancía salvada el día del siniestro, que se relacionó con detalle el treinta y uno de marzo de mil novecientos veintitrés, y otras cuentas, que asciende a la suma de doce mil quinientos ochenta y un pesos cincuenta y tres centavos (\$ 12,581-53) (folios 17 a 23, cuaderno de pruebas número 2), quedaba una existencia por valor de cuarenta y cinco mil doscientos sesenta y cuatro pesos sesenta y siete centavos (\$ 45,264-67), que es la cantidad reclamada.

¿Han comprobado los asegurados la existencia de este saldo de mercancías el día del siniestro? Ellos aseveran que así lo demostraba su contabilidad.

Los libros de la Casa de Echeverri Hermanos no se presentaron en este juicio.

Se vio atrás que en la diligencia de inspección ocular practicada por el Juez de primera instancia en los libros de comercio de la Casa demandante, se observó que en los principales no se hacían asientos detallados y diarios de las operaciones comerciales, sino al fin del mes, y por medio de partidas en globo; que en el libro principal de inventarios no se especificaron las mercancías, sino que figuraban dos partidas que dicen;

"Mercancías; suma el inventario... ..\$	58,637 60
"Suman las cuentas pequeñas... ..	584 64
<hr/>	
"Total... ..\$	59,222 24"

El artículo 34 del Código de Comercio exige al comerciante de hacer asientos detallados en el libro Diario, tanto de las cantidades que entren y salgan, como de las compras, ventas y remesas de mercancías que el comerciante hiciere, siempre que lleve libro de Caja y de Facturas, porque, sin duda, con estos libros se pueden justificar y explicar aquellos asientos en globo; pero no exime de que en el libro principal de inventarios se anoten con exactitud y corrección todos los bienes muebles e inmuebles, créditos activos y pasivos que el comerciante tenga al abrir su giro, según lo establece el artículo 36 del aquel Código.

No consta que la Casa de Echeverri Hermanos llevara libro de facturas, ni lo presentó en este juicio, de modo que quedaran justificados los asientos totales en el Diario; y menos justificó el asiento de partidas en globo en el libro principal de inventarios. Por consiguiente, no puede reconocerse que se hubiere establecido con los libros de contabilidad de la Casa demandante que el monto de las mercancías existentes al tiempo del siniestro, en el almacén asegurado, ascendía a un total que valiera la suma de cuarenta y cinco mil doscientos sesenta y cuatro pesos con sesenta y siete centavos (\$ 45,264-67), que con el valor de las que fueron salvadas, llegara a la cantidad de cincuenta y siete mil ochocientos cuarenta y seis pesos con veintidós centavos (\$ 57,846-22).

Los demandantes invocan estas otras pruebas:

Las declaraciones de Roberto Aragón, José de Bedout, José María Londoño, Eduardo Mejía, Jerónimo Calle, Arturo París y Jesús Calle. La certificación de la Administradora de Correos Nacionales de Girardot, que figura al folio 29 del cuaderno de pruebas número 2. La copia de la diligencia de inspección ocular, visible al folio 25 del mismo cuaderno. Los documentos presentados por los demandantes, consistentes en pagarés, que fueron concelados. La confesión del demandado, hecha en correspondencia, dicen los demandantes. La prueba de que la Compañía aseguradora remató mercancías dañadas en el incendio, y conserva aún el producto de ese remate. Las declaraciones de Alejandro Gaviria y David Castelbondo. La correspondencia cruzada entre los Agentes de las Compañías en Girardot y Bogotá (cuaderno ibídem), y la existencia del siniestro.

Analizando esas pruebas, se observa:

En las declaraciones primeramente citadas, dicen los testigos acordemente que, por haber visitado como comerciantes al Almacén Imán, de Echeverri Hermanos, situado en Girardot, unos quince días antes del incendio ocurrido el diez y siete de marzo de mil novecientos veintitrés, estiman que en esa fecha había allí mercancías de dichos señores Echeverris, por valor de cincuenta mil pesos moneda corriente. El testigo De Bedout agrega que cuando los señores Echeverri Hermanos abrieron sus libros de comercio por la insinuación que el testigo les hizo, éste conoció el nuevo inventario de mercancías que aquéllos tenían en su almacén, y que por eso estima que tal mercancía alcanzaba a un valor de cincuenta mil pesos, más o menos, en esa época, y que en cuanto a la existencia en el mismo almacén la víspera del incen-

dio, estima que si no tenía mayor valor, sí alcanzaba a uno igual, por lo menos.

Como se ve, lo que los testigos declaran se refiere a existencia de mercancías en un tiempo anterior en bastantes días al del siniestro, lo que bien pudo modificarse en el tiempo que siguió hasta el incendio, y no consta que esa estimación proviniera de relación que los testigos hubieran tomado de la mercancía. Además, lo que los testigos propiamente emiten es un concepto. El inventario minucioso que el testigo De Bedout dice haber conocido al abrir los demandantes sus nuevos libros, no aparece en los autos, y el principal que vio el Juez de primera instancia, sólo contenía las partidas en globo, sin especificación ninguna, lo que está en desacuerdo con lo que dice ese testigo, si se refiere al libro principal de inventarios, y si se refiere al borrador de inventarios, ya se vio que no puede tenerse en cuenta por aparecer visiblemente alterado.

El conjunto de documentos presentados por los demandantes acredita varias obligaciones contraídas por ellos por valor de mercancías que recibieron, unas, en épocas cercanas al incendio o siniestro, y otras, en tiempo bastante anterior; pero esos documentos no son las facturas que acreditan la especificación o relación detallada de las mercancías compradas por esos documentos, o la prueba que en materia comercial, como la de que se trata, es necesario para establecer la existencia de mercancías al tiempo del siniestro.

Con la correspondencia contenida en cartas del Subgerente de la Casa demandada, que figura a los folios 57 a 58 del cuaderno número 1º, sólo está acreditado que la misma parte recibió el reclamo que le hacía la parte demandante, que las mercancías salvadas ascendían a un valor que los demandantes calculaban en siete mil diez y siete pesos catorce centavos (\$ 7,017-14). Nada dice allí la parte demandada respecto de otras mercancías que existieran en el almacén de los demandantes al tiempo del siniestro. La declaración ratificada del señor David Castelbondo se refiere a hechos ocurridos en la constitución del seguro. La certificación de la Administradora de Correos de Girardot, que es un documento auténtico, conforme al artículo 1759 del Código Civil, es prueba de las declaraciones en ella contenidas, y de haberse extendido pero únicamente entre las partes que son la Administración de Correos y los señores Echeverri Hermanos, mas no es prueba contra la Compañía demandada, que es un tercero. De modo que de tal certificación tampoco puede deducirse la existencia de las mercancías de que allí se habla en el almacén de la Casa asegurada el día del siniestro.

Queda la declaración del Agente de la Compañía demandada, señor Alejandro Escobar, que fue ratificada por él en el término de prueba del juicio, y el inventario hecho y firmado por dicho Agente y Guillermo Echeverri, representante de la Casa demandante.

En la declaración citada, el Agente de la parte demandada reconoce la existencia de mercancía que en mucho se averió y fue ramatada en martillo por cuenta de la misma Compañía, y de mercancía salvada, que es la que aparece en el inventario de que se acaba de hablar; pero no reconoce el testigo que existiera al tiempo del siniestro la parte de mercancía que tanto Guillermo Echeverri como su Agente Abad, le dijeron que había sido devuelta de Bogotá y estaba en el almacén incendiado el día del siniestro, fuera de la que también dijeron estaba a la sazón en la estación del ferrocarril: el testigo sólo de-

clara que en la madrugada del incendio, Echeverri y su Agente Abad le hicieron esa afirmación, refiriéndose a una lista que éste había traído de Bogotá. De modo que de la declaración del Agente Escobar no puede deducirse reconocimiento por parte de la Compañía demandada de la existencia de aquel lote de mercancía, para que de su destrucción o deterioro por el siniestro deba responder.

De la mercancía que consta por la declaración de dicho Agente, que se deterioró considerablemente y fue realizada en martillo, es de la única que debe responder, por razón de este juicio la Compañía demandada, porque no hay duda ninguna de la existencia de aquélla. No así del resto de mercancía, hasta completar el saldo de cuarenta y cinco mil doscientos sesenta y cuatro pesos sesenta y siete centavos (\$ 45,264-67) que reclama la Compañía demandante, como parte en la existencia en su almacén el día del siniestro, porque de las pruebas de que se acaba de hablar no aparece establecida plenamente tal existencia. Quizá se diga que fuera de la mercancía que apareció muy averiada y se remató, debió quemarse otra parte, de que deba responder la Compañía demandada; pero a esto se observa que no habiéndose comprobado en este juicio cuánta era esa parte de mercancía que pudo quemarse, sería arbitrario mandarla pagar en tal o cuál cantidad.

Por lo que hace a la responsabilidad de la Compañía demandada, en cuanto a la mercancía que fue salvada y que no sufrió deterioro alguno, de la cual trata el inventario suscrito por ambas partes que obra en autos, ella no es cuestión materia de este juicio, como dice la sentencia, aunque sí queda a salvo a la parte demandante su derecho para reclamarla.

En resumen: la Compañía demandada debe responder a la asegurada por el precio o reemplazo de la mercancía deteriorada que apareció y la que fue rematada, en la forma determinada en el artículo 553 de la Ley 105 de 1931, ya que en este juicio no se estableció el precio de esa parte de mercancía, y que no se puede tener en cuenta el del remate. Sólo en esos términos son procedentes los puntos primero y segundo de la demanda.

En el punto tercero de la misma se pide se condene a la Compañía demandada al pago de los gastos hechos en el salvamento de algunos de los objetos asegurados, por la determinación que se hiciera en este juicio o en otro de ejecución de la sentencia; y en el punto cuarto, que se condene a la misma Compañía demandada al pago de los perjuicios sufridos por los demandantes en la demora en el pago del seguro.

La primera de dichas dos peticiones es procedente, porque aparece que la Compañía demandante hizo algunos gastos en el salvamento de la mercancía; pero como en este juicio no se determinó el valor de tales gastos, su cuantía es materia de determinación en la misma forma establecida en el citado artículo 553 de la Ley 105 de 1931.

La otra petición, relativa al pago de los perjuicios por la demora en el pago del seguro, no la encuentra la Sala procedente, porque conforme al artículo 1615 del Código Civil, los perjuicios se deben desde la mora; y habiéndose suscitado la cuestión de si la Compañía demandada era o no responsable del siniestro, mientras ese punto no se decidiera, no podía haber mora de su parte, máxime habiéndose comprobado que en parte había razón en ese retardo.

El demandado alegó también las excepciones de nulidad del seguro; la de ser dolosa la reclamación de los demandantes, y las que resultarían de estos hechos: de no haber justificado los demandantes ante la Compañía aseguradora la existencia y valor de los objetos asegurados al tiempo del siniestro; no haber aquéllos empleado el cuidado y celo necesarios, como estaban obligados, para prevenir el siniestro, y no haber probado la misma parte la coexistencia de las circunstancias necesarias para establecer la responsabilidad de la Compañía aseguradora.

No determinó la parte demandada en qué consiste la nulidad del seguro, fuera de que si los motivos de esa nulidad se refieren a la omisión de requisitos en razón de la naturaleza del contrato de seguro, tal omisión constituiría nulidad absoluta, que no puede alegar la parte demandada, conforme a la ley, por ser parte en el contrato (artículo 15, Ley 95 de 1890).

Por lo que hace a las excepciones fundadas en la adulteración de los documentos en que se apoyó la reclamación y la naturaleza del siniestro, ya se dijo en la casación porque no son fundadas tales excepciones, y porque hubo sobreseimiento respecto de la responsabilidad del asegurado en el siniestro.

Los demás hechos alegados como excepciones no las constituyen propiamente, sino que son motivos para la improcedencia de la acción. Además, como ya se dijo atrás, si bien la Compañía demandante no cumplió con la obligación de establecer todas las circunstancias necesarias sobre la existencia al tiempo del siniestro de toda la mercancía que reclama, esas circunstancias si resultan acreditadas con la presencia de las mercancías cuya cuantía o deterioro ha de responder la Compañía demandada, según lo dice el Tribunal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de fecha diez de mayo de mil novecientos veintiocho, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este juicio, reforma la de primera instancia y en su lugar resuelve:

1º Condénase a la Sociedad Commercial Union Assurance Company Limited, representada por su Gerente, a pagar a la sociedad comercial de Echeverri Hermanos, de que hace parte el socio Guillermo Echeverri, la indemnización correspondiente a la parte de mercancía que apareció averiada o inutilizada en el siniestro por incendio ocurrido el diez y siete de marzo de mil novecientos veintitrés, en el almacén de dicha Casa demandante, en Girardot, o el reemplazo de dicha mercancía, de conformidad con el contrato de seguro contenido en la póliza número trece millones doscientos veintinueve mil doscientos cincuenta y nueve (13.229,259), de fecha doce de septiembre de mil novecientos veintidós, indemnización cuyo valor o reemplazo se determinará en la forma establecida en el artículo 553 de la Ley 105 de 1931.

2º Condénase a la misma Compañía demandada a pagar a la demandante antes citada, el valor de los gastos que ésta hiciera en el salvamento de mercancías en el incendio ocurrido en la fecha indicada en el punto anterior; gastos cuya cuantía se determinará en la forma ordenada en la disposición legal que se acaba de citar.

3º No están probadas las excepciones perentorias alegadas por la parte demandada respecto de los puntos anteriores.

4° Queda a salvo a la Compañía demandante su derecho para reclamar las mercancías salvadas en el incendio, y que fueron inventariadas y depositadas.

5° Absuélvese a la Compañía demandada de los demás cargos formulados contra ella en el libelo de demanda. No hay costas en la instancia ni en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Secretaría y por medio de la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo quince de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Ante el Juez 2° del Circuito de Rionegro, Departamento de Antioquia, Vicente Jaramillo G. demandó a Juan de la Cruz Restrepo, de la misma vecindad, para que previo un juicio ordinario, se le condene:

"Primero. A restituírmelo, dentro de seis días de notificada la sentencia, la suma de noventa pesos oro (\$ 90), que el día seis de enero del año en curso (1929), le pagué por error, sin deberla, en esta ciudad, suma que él recibió de mí en dinero efectivo.

"Segundo. A restituírmelo, seis días de notificada la sentencia, la suma de doscientos pesos oro (\$ 200), que el día once de mayo del corriente año le pagué por error, sin deberla, en esta ciudad, suma que él recibió de mí en dinero efectivo.

"Tercero. A pagarme los intereses corrientes de ambas cantidades de dinero, cuya restitución le demando, desde las respectivas fechas en que las recibió hasta que verifique la restitución total de ellas.

"Cuarto. A pagarme las costas de este juicio."

Como fundamentos de derecho de esta demanda se invocaron las disposiciones legales siguientes: artículos 1965, 1624, inciso 2°; 2313, 2315, 2316, inciso 1°; 2318 y demás disposiciones pertinentes del Código Civil, 2° inciso del artículo 91, Ley 153 de 1887; y artículo 869 y demás disposiciones pertinentes del Código Judicial; y por analogía, el 2° inciso del artículo 782 del Código de Comercio Terrestre; y como fundamentos de hecho, los que el Tribunal resume así:

"Francisco Antonio Alvarez, vecino del Municipio de Envigado, firmó a favor de Francisco Jaramillo, vecino de Rionegro, el documento privado suscrito en esta ciudad de Medellín, el veintiocho de mayo de mil novecientos veintiocho. Por medio de este instrumento se constituyó Jaramillo deudor de Alvarez por la cantidad de dos mil pesos (\$ 2,000) oro, procedentes de la compra de catorce mulas y una yegua, con un año de plazo y reconociendo un interés del uno y medio por ciento (1½ por 100). Se estipuló que estos intereses serían cubiertos por trimestres vencidos; para seguridad de la obligación se dio como fiador al señor Rafael Alvarez.

El seis de octubre de mil novecientos veintiocho, el acreedor Jaramillo cedió a Juan de la Cruz Restrepo, vecino de Rionegro, tales derechos en nota que literalmente reza:

"Páguese al señor Juan de la Cruz Restrepo el valor de este documento, a quien cedo y traspaso todos mis derechos en él adquiridos, quedando responsable.

"Rionegro, octubre 6 de 1928.

"Vicente Jaramillo — Testigo, Antonio J. Echeverri. Testigo, Lisandro Ramírez Z."

"El seis de enero del año postrero (1929), Jaramillo pagó a Restrepo la cantidad de noventa pesos (\$ 90) oro por concepto de intereses correspondientes al primer trimestre; en el recibo hizo Restrepo la imputación del pago a favor del deudor Alvarez.

"El cuatro de mayo siguiente Restrepo exigió de Jaramillo, también a cuenta de intereses, la suma de doscientos pesos (\$ 200) que éste entregó en la creencia que era deudor del total del documento. Por ser, dice, persona ignorante, hizo entrega de esas sumas.

"El ocho de junio Restrepo formuló un pliego de posiciones a Jaramillo y en ellas afirma aquél que éste es su deudor por el valor del crédito, y confiesa además que en tal carácter le hizo los pagos enunciados.

"Jaramillo ha exigido de Restrepo la restitución de esas sumas y no ha logrado su propósito."

El demandado se opuso a que se hicieran las declaraciones contra él solicitadas. En cuanto al hecho segundo, dijo:

"Es cierto que ese crédito me lo cedió el demandante a título oneroso, en la fecha expresada, pero no es cierto que la nota de traspaso la haya mandado a extender yo, sino todo lo contrario, pues el negocio de dicha cesión me lo propuso el señor Evencio Aguirre, a nombre del demandante, y yo en un principio no quise aceptarlo, manifestando que no lo aceptaba porque yo no conocía a los deudores de Jaramillo y podía yo perder el valor del dinero que yo le diera a éste por ese crédito; vista por Jaramillo esta negativa mía, dijo él que le aceptara, que se extendiera la nota de cesión de manera que él quedara responsable por el valor del dinero que yo le diera, y con tal fin nos trasladamos donde don Ricardo C. Sanín, a quien Jaramillo le dijo que extendiera dicha nota de cesión en los términos que dejo expresados, y el señor Luis Pineda que allí se encontraba, en el Banco de Oriente, de esta ciudad, se le ofreció a Jaramillo para extenderla y éste aceptó el ofrecimiento, advirtiéndole que la hiciera de manera que él (Jaramillo) quedara responsable en todo tiempo para el caso de que los Alvarez no me pagaran por cualquier causa, vencido el plazo del documento. Fue, pues, Jaramillo quien ordenó extender la nota de traspaso y la firmó."

El hecho tercero, lo negó y convino en los marcados por los números 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8° y 9°, especialmente en cuanto el demandado reconoce haber recibido las sumas a que se refiere la demanda por razón de intereses del crédito, por considerar al demandante Jaramillo como a su deudor, o como representante de los Alvarez en el pago, y agregó a los demás hechos confesados otras restricciones.

En libelo separado Restrepo demandó en reconvención a Jaramillo para que se hicieran estas declaraciones:

"a) Que yo no estoy obligado a restituírle al señor Jaramillo la suma de noventa pesos oro que a cuenta de los intereses de dos mil pesos me pagó el seis de enero del año en curso, por cuanto este pago no me lo hizo por error, ni en consecuencia ese pago fue indebido;

"b) Que por ningún motivo estoy obligado a pagarle la suma de doscientos pesos oro que a cuenta de intereses de dos mil pesos me pagó el once de mayo del corriente año, por cuanto este pago no me lo hizo por error, ni en consecuencia ese pago fue indebido;

"c) Que por ningún motivo estoy obligado a pagarle intereses de ninguna clase, de aquellas dos cantidades;

"d) Que el señor Vicente Jaramillo, cuando me hizo la cesión del crédito del veintiocho de mayo de mil novecientos veintiocho, se hizo responsable de la solvencia futura y presente de su deudor Alvarez y del fiador de éste;

"e) Que como consecuencia de la anterior declaratoria el mismo señor Jaramillo es mi deudor por la suma de dos mil pesos oro y sus intereses a la rata estipulada en el mencionado documento, desde que éstos se hicieron exigibles hasta la solución de la deuda, deduciendo de tales intereses la suma de doscientos noventa pesos, y también porque los señores Alvarez cayeron en insolvencia para pagarme el crédito, suma de dos mil pesos que yo le di a Jaramillo por el crédito cuestionado;

"f) Que como consecuencia de las declaratorias d) y c) el mismo señor Jaramillo debe pagarme, dentro del término de seis días de notificada esta sentencia, la suma de dos mil pesos oro, más los intereses a la rata estipulada en el documento del veintiocho de mayo de mil novecientos veintiocho, desde que éstos se hicieron exigibles, hasta la completa solución de la deuda, deduciendo de tales intereses la suma de doscientos noventa pesos.

"g) Que debe pagarme las costas de este juicio."

En apoyo de esta contrademanda invocó su autor como fundamento de derecho los artículos pertinentes del Título 25 del Libro IV del Código Civil; los artículos 947, 948 y 869 del Código Judicial, y los siguientes hechos:

"1° El señor Francisco Antonio Alvarez, por documento privado del veintiocho de mayo de mil novecientos veintiocho, se constituyó deudor del señor Vicente Jaramillo, por la suma de dos mil pesos oro.

"2° El seis de octubre de mil novecientos veintiocho, el señor Evencio Aguirre, por recomendación del señor Jaramillo, me propuso la cesión de ese crédito, y yo le manifesté que no me convenía el negocio que me proponía porque yo no conocía al deudor Alvarez ni al fiador de éste, y que así podía yo perder el dinero que por ese crédito le diera a Jaramillo.

"3° Este que estaba allí presente me dijo que no tuviera cuidado, que aceptara el negocio que la nota de traspaso la hacía extender de manera que él quedara responsable en todo tiempo y por cualquiera causa en caso de que los Alvarez—deudor y fiador—no me cubrieran el valor de los dos mil pesos que valía el crédito.

"4° Visto por mí este ofrecimiento, acepté el negocio, y acto seguido pasamos al Banco de Oriente, de esta ciudad, a donde don Ricardo C. Sanín, Gerente del mismo, por insinuación de Jaramillo para que Sanín extendiera la nota de cesión en la forma que se había dicho por Jaramillo.

"5° Una vez en dicho establecimiento, le dijo Jaramillo al señor Sanín que le hiciera el favor de extender en el documento que se le presentaba, una nota de cesión en favor mío, pero de manera que él (Jaramillo) quedara responsable en todo tiempo, por los dos mil pesos que yo le daba por ese crédito, para el caso en que por cualquier causa, el deudor no me pagara los dos mil pesos, y como

allí en el Banco se encontraba el señor Luis Pineda, éste se ofreció a Jaramillo para redactar la supradicha nota y extenderla, lo que aceptó el cedente, manifestando nuevamente ante Pineda y los que allí había, que la redactara de modo que quedara responsable en todo tiempo y para el caso de que por cualquier motivo los señores Alvarez no me pagaran lo que yo le diera a Jaramillo por ese crédito.

"6° Redactada y extendida la nota de traspaso, Jaramillo me entregó el documento y yo le di la suma de mil doscientos pesos (\$ 1,200) oro, en dinero contante, que lo retiré del establecimiento bancario dicho, y en un cheque girado por Evencio Aguirre en mi contra y a favor de Jaramillo, le di ochocientos pesos (\$ 800), completándole así dos mil pesos (\$ 2,000), suma que le di por el crédito en cuestión.

"7° Como, por lo que dejo dicho, Jaramillo se hizo responsable de la solvencia del deudor y del fiador, yo con este derecho le pedí el seis de enero del año que corre, noventa pesos a cuenta de intereses del dinero que le había dado, y él, viendo que sí era responsable por esa suma, me pagó los noventa pesos dichos.

"8° Después, el once de mayo próximo pasado, me dio, también a cuenta de intereses de la suma de dos mil pesos, la cantidad de doscientos pesos, los que le cobró con el mismo fundamento que los noventa pesos antes dichos, es decir, porque Jaramillo se hizo responsable, al hacerme la cesión, de la solvencia de Alvarez y su fiador.

"9° Hecho el negocio, Jaramillo les manifestó a algunos que él me había cedido el crédito que tenía en contra de los Alvarez, con la expresa condición de que quedaba responsable a mi favor de los dos mil pesos y sus intereses para el caso de que los Alvarez por cualquier causa no me lo cubrieran.

"10. Vencido el plazo del documento, Jaramillo confesó también a algunos individuos que él iba a pagarme ese crédito porque los Alvarez estaban insolventes, pues que sus acreedores les habían embargado todos los bienes que tenían, y porque él se había comprometido a pagarme el valor de ese crédito, en todo tiempo en que los Alvarez, por cualquier causa, no me lo cubrieran.

"11. Jaramillo, sabiendo que los Alvarez estaban insolventes al vencimiento del plazo del documento, y habiéndose hecho responsable de la solvencia de los mismos, comisionó a varias personas para que, por su cuenta, arreglaran conmigo el pago de ese crédito, entre las cuales comisionó a los señores José María Echeverri P. (Pepe) y Francisco A. Jaramillo E., y éstos, al efecto, trataron el asunto por varias ocasiones, entre ellas el quince de junio del presente año, en que Echeverri propuso que yo descontara quinientos pesos y el resto, o sean mil quinientos, con un año de plazo muerto, y así se arreglaría todo. Jaramillo E. no aceptó esto y a su vez propuso que tanto Vicente como yo perdiéramos los gastos que ambos habíamos hecho en abogados, y que Jaramillo me pagara los dos mil pesos al vencimiento de seis meses muertos, lo que Echeverri no aceptó.

"12. No sólo lo anterior sino que el señor Vicente Jaramillo, una vez vencido el plazo del documento, se presentó a donde el señor Carlos Escobar, a quien le dijo que como él se había hecho responsable para conmigo de la solvencia de los Alvarez, y como a éstos les había embargado sus bienes y así no podían pagarme a mí, que le dijera cómo hacía para él cobrarle a los Alvarez, teniendo yo en mi poder el documento, a lo cual el señor

Escobar le dijo que para que yo pudiera entregarle el documento y a la vez quedara asegurado, me hiciera él un documento en que se constituía deudor mío por los dos mil pesos, lo que no se pudo hacer porque yo en ese momento no tenía el documento a la mano.

"13. De todo lo anterior se deduce que Jaramillo sí se hizo responsable de la solvencia futura de los Alvarez, para el caso de que éstos no me pagaran a mí por cualquier causa, y que esta fue la voluntad y la intención del mismo cuando dijo en la nota de cesión del 6 de octubre de 1928 'quedando responsable,' porque esta frase no se puede entender en el sentido de que quedaba responsable de la existencia del crédito, porque por el solo hecho de la cesión queda responsable de tal existencia sin necesidad de expresarlo, y porque conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras."

El contrademandado Jaramillo se opuso a que se hagan las declaraciones solicitadas; sólo aceptó el hecho 1º y negó los demás.

El Juez falló así la controversia:

"1º Se absuelve al señor Juan de la Cruz Restrepo de los cargos formulados por el señor Vicente Jaramillo en su demanda de quince de julio de mil novecientos veintinueve, en consecuencia:

"2º El señor Juan de la Cruz Restrepo no está obligado a restituir al señor Vicente Jaramillo las cantidades de noventa pesos (\$ 90) oro y doscientos pesos (\$ 200) oro, que a cuenta de los intereses de dos mil pesos (\$ 2 000) pagó al señor Restrepo en los días seis de enero y once de mayo de mil novecientos veintinueve.

"3º Tampoco está obligado Restrepo a pagar a Jaramillo intereses de ninguna clase por concepto de aquellas cantidades.

"4º Declárase que el señor Vicente Jaramillo, cuando hizo al señor Juan de la Cruz Restrepo la cesión del crédito de veintiocho de mayo de mil novecientos veintiocho, se hizo responsable de la solvencia futura y presente de su deudor Francisco Antonio Alvarez.

"5º No es la oportunidad de hacer y no se hacen las declaraciones solicitadas por el señor Juan de la Cruz Restrepo en los ordinales e) y f) de la reconvencción de diez y seis de agosto de mil novecientos veintinueve.

"6º No se hace especial condenación en costas."

Ambas partes apelaron de este fallo, y el Tribunal decidió el recurso en sentencia de quince de octubre de mil novecientos treinta, en estos términos:

".... confirma los numerales primero, segundo, tercero y cuarto de la sentencia apelada; respecto a las peticiones e) y f) de la demanda de reconvencción, se declara comprobada la excepción de petición antes de tiempo.

"En estos términos queda reformada la sentencia recurrida.

"Sin costas."

El demandante ocurrió en casación. El recurso es admisible y se procede a estudiarlo.

Se alegó la causal primera de las que reconoce el artículo 2º de la Ley 169 de 1896 por varios motivos:

1º Violación de los artículos 2379, 2373 y 1965 del Código Civil; el primero y tercero directamente y el segundo de modo indirecto, por no haberlo aplicado al caso del pleito.

Este cargo se refiere al siguiente concepto del Tribunal:

"Es indiscutible que de acuerdo con el mandato del artículo 1965 del Código Civil, por medio de la estipulación anterior (se refiere a la cláusula por la cual dijo Jaramillo en la nota de cesión 'quedando responsable'), Jaramillo se hizo responsable del crédito a tiempo de la cesión; este punto no ofrece dificultad alguna; la discusión se concreta a determinar si el cedente se hizo o no responsable de la solvencia futura del deudor, y así de esta responsabilidad se desprende o no la obligación de Jaramillo para atender al pago de los intereses, de acuerdo con lo allí estipulado.

"Sea cual fuere la interpretación que se le dé a los términos de la nota de cesión, el cedente no contrajo por ese acto la obligación de pagar al cesionario los intereses vencidos del crédito; si sólo responde de la existencia actual, la responsabilidad no va de esta época en adelante. Si la responsabilidad se extendió a la solvencia posterior del deudor, su obligación tiene el carácter de subsidiaria, es decir, que sólo nació el lazo jurídico entre cedente y cesionario, una vez establecido el incumplimiento del deudor, a causa de insolvencia comprobada. En el presente caso, y aun dando por sentada la responsabilidad de Jaramillo, en cuanto a la solvencia futura del deudor Alvarez, debió Restrepo demandar el pago de los intereses vencidos del deudor, para así obtener la acción correspondiente contra el cedente Jaramillo. Mas esta omisión no puede estimarse como causa que haga el pago indebido, toda vez que la obligación contraída por Jaramillo tiene el carácter de subsidiaria. Su calidad, en relación con el contrato de cesión, no es otra, en el fondo, que la de fiador de los obligados en el documento, y en ese carácter el pago hecho, aun antes de ser reconvenido por el acreedor, está autorizado por el artículo 2379 del Código Civil, que a la letra dice:

"El fiador podrá hacer el pago antes de ser reconvenido por el acreedor, en todos los casos en que pudiera hacerlo el deudor principal."

Dice el recurrente que con estos conceptos el Tribunal violó directamente la disposición transcrita y la del artículo 1965 del Código Civil, porque al aplicar la primera hizo regir para el contrato de cesión, que es una venta, según lo tiene reconocido la Corte, una disposición del contrato de fianza que no puede aplicarse a la cesión porque uno y otro contrato tienen normas y diferencias especiales; que en la fianza existe para el fiador el derecho de que se le releve de la fianza en los casos de las reglas 3º y 4º del artículo 2394 del Código Civil, las que no pueden aplicarse al contrato de cesión que registra principios y consecuencias distintas, como la evicción, la resolución y la rescisión. Que al aplicar el artículo 1965 del Código Civil, lo violó también porque la cláusula "quedando responsable," empleada en la nota de cesión, no comporta ni constituye al cedente fiador de nadie; porque la fianza es una obligación condicional sujeta al evento de realizarse la insolvencia del deudor para lo cual debe preceder el correspondiente juicio contra el deudor, o la demostración jurídica de la insolvencia, que en este caso no aparece, como lo reconoce el mismo Tribunal. Considera el recurrente que el Tribunal violó también indirectamente el artículo 2373

del Código Civil, porque esta disposición establece que la fianza no se presume, ni se extiende a más de su tenor expreso, y en la nota de cesión no aparece constancia de tal fianza.

De lo anterior concluye el recurrente que al pagar Vicente Jaramillo los doscientos noventa pesos (\$ 290) cuya restitución se demanda, pagó una deuda que no existía y por lo mismo debió resolverse el pleito a su favor, aplicando precisamente los artículos 2313, 2315, 2316 y 1965 del Código Civil.

Se contesta. Es verdad que son distintos el contrato de cesión de derechos y el de fianza; pero ello no obsta para que en el primero se agreguen cláusulas que garanticen su cumplimiento o que lo afiancen. Tal es lo que sucede con el endosante de un documento comercial, en que la ley dice que garantiza el pago de dicho documento o lo afianza de modo solidario con el deudor. En materia civil no es solidaria esa fianza si no se dice expresamente; pero es claro que si el cedente hace constar que queda responsable, no siendo deudor principal, se constituye fiador en realidad, que es el concepto del Tribunal. Y habiendo esa constancia, como la hay en el caso de la litis, mal puede decirse que la fianza no existe y que se ha deducido de simple presunción. Ahora, la obligación del fiador simple es condicional, en cuanto a su ejecución, o sea en cuanto no puede hacerse efectiva contra el fiador mientras no se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, a menos que el fiador renuncie a este beneficio de excusión; pero la fianza no es condicional en cuanto a su existencia, porque ésta surge desde que aparece o se constituye. De modo que si el fiador paga antes de que el acreedor requiera al deudor, no paga lo indebido, porque media una obligación subsidiaria. Por eso en el terreno en que se colocó el Tribunal, aplicó el artículo 2379 del Código Civil, según el cual "el fiador podrá hacer el pago de la deuda aun antes de ser reconvenido por el acreedor, en todos los casos en que pudiera hacerlo el deudor principal." De ahí que el Tribunal, en su concepto principal, concluyera que el pago, hecho por Vicente Jaramillo a Juan de la Cruz Restrepo de los doscientos noventa pesos de intereses, no fue indebido, y por ello no violó los artículos 1965 y 2379 del Código Civil. Tampoco violó el artículo 2373 de la misma obra, según el cual la fianza no se presume, ni se extiende a más de lo expresado en ella, porque existiendo la cláusula "quedando responsable," el compromiso de Jaramillo no lo dedujo el Tribunal de simple presunción, sino de lo expresado en dicha cláusula, que es el valor del documento. El cargo no es, pues, fundado.

Cargo 2º Violación del artículo 2315 del Código Civil, que dice:

"Se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural."

El Tribunal declaró:

"Agréguese a esto que el cedente no cometió error de derecho al satisfacer el pago de esos intereses, para ejercer por este concepto la acción que al efecto consagra el artículo 2315 de la obra citada."

Arguye el autor del recurso que ha establecido de modo claro que al pagar el cedente Jaramillo los intereses al cesionario, lo hizo en el falso supuesto de ser fiador obligado al pago, o sugestionado por el cesionario de que era deudor directo, pero que sea cual fuere el concepto en

que hizo el pago, es lo cierto que pagó sin tener el carácter de fiador, o por error de derecho, lo que está amparado por el artículo 2315 citado, y que por consiguiente al no aplicarlo el Tribunal lo violó.

Se observa:

No incurrió el cedente en error de derecho al verificar el pago de los intereses, porque, como se ha dicho, el pago tenía por fundamento una obligación, que si bien de carácter subsidiaria, como es la del fiador simple, es obligación civil y por consiguiente más eficaz que una natural, en que tampoco se puede repetir, aunque se hubiera incurrido en error de derecho, conforme a la misma disposición. Luego por este respecto no es erróneo el concepto transcrito del Tribunal, ni violatorio del artículo 2315 del Código Civil.

Cargo 3º Violación del artículo 1670 del Código Civil por errónea aplicación.

Esta disposición establece que "la subrogación tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos accesorios y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda. Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos relativamente a lo que se le reste, debiendo, con preferencia, al que sólo ha pagado una parte del crédito."

Y el Tribunal expresó este concepto:

"Que Jaramillo tomó a su cargo la responsabilidad de la deuda a efecto del contrato de cesión, se comprueba suficientemente del juicio, por medio de los numerosos testimonios que tal afirman. Todas las constancias del proceso convencen que el pago de los intereses lo hizo Jaramillo con la convicción íntima de su responsabilidad subsidiaria, subrogándose así en los derechos del acreedor principal, de acuerdo con el artículo 1670 del Código Civil."

Sostiene el recurrente que el Tribunal violó la disposición últimamente citada, aplicándola erróneamente, porque en el contrato de cesión no puede operarse la subrogación que indica el Tribunal, fundada en el artículo 1670 del Código Civil. Que el cesionario Restrepo ni siquiera tuvo intención de pasar (sic) al cedente Jaramillo, en subrogación, el pagaré referido, porque, como lo dicen los mismos testigos de aquél, lo que pretendía Restrepo era evitar que el documento se traspapelara y no volviera a su poder, pues que si otro hubiera sido su pensamiento, lo aconsejable habría sido un nuevo endoso al primer endosante."

A este cargo observa la Corte que pudo no ser adecuada la cita que hace el Tribunal del artículo 1670 del Código Civil para decir que, en virtud de esta disposición, Jaramillo quedaba subrogado en los derechos del acreedor al pagar los intereses que hoy reclama. Pero ese error no es motivo suficiente para casar la sentencia, porque, de un lado, si bien en la cesión por sí sola no hay subrogación, en el presente caso sí podía haberla por el pago que hiciera Jaramillo en virtud del compromiso que contrajo de quedar respondiendo del crédito contra los Alvarez, compromiso que constituye una fianza, como reconoció el Tribunal y que es su concepto principal en el aparte transcrito. De otro lado hay otros fundamentos que sustentan la sentencia. Por consiguiente el cargo es ineficaz.

Cargo 4º Violación del artículo 2316 del Código Civil —inciso 1º,—por errónea interpretación de él, por mala apreciación de la prueba testimonial aportada por el demandado Restrepo, del pagaré cedido por Jaramillo y de la nota de cesión puesta en él.

Refiérese este cargo al siguiente concepto del Tribunal:

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2316 del Código Civil, al demandante le corresponde la prueba de que el pago no era debido; esa prueba no se ha aportado al juicio, y por el contrario, como ya se vio, existen elementos para concluir que el pago hecho por Jaramillo, aun antes de que Restrepo dirigiera su acción contra los Alvarez, no reúne los caracteres de indebido. Lo dicho es suficiente para concluir en la improcedencia de las peticiones de la demanda principal.”

El recurrente acusa la sentencia porque dice que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 2316 del Código Civil, al declarar que el demandante no dio la prueba de que el pago hecho por él a Restrepo de los intereses, fue indebido, sin tener en cuenta que esa prueba—dice el autor del recurso—“fluye nitida y precisa” de lo que el recurrente lleva dicho, pues que tal prueba es un concepto de derecho que no necesita de más demostración.

A esto observa la Corte que es inaceptable la tesis del recurrente, porque va contra lo que expresamente establece la misma disposición que estima violada, de que confesado el pago por el demandado, debe el demandante dar la prueba de que no le debía, porque el demandado tiene entonces a su favor la presunción legal de que nadie paga sin deber, como también lo establecía expresamente el artículo 580 del Código Judicial. Y la prueba o razonamiento aducido al respecto, no demuestra que sea indebido el pago, como adelante se verá. El concepto del Tribunal a ese respecto, lejos de ser erróneo, se ajusta a lo que consagran las disposiciones acabadas de citar.

Cargo 5º Violación de los artículos 1965, 1961, 1618 y 1767 del Código Civil.

El primero, porque de modo inconfundible dice que el cedente no responde de la solvencia futura del deudor, sino cuando así se establece expresamente en la nota de cesión, y no obstante no haberlo dicho así el cedente Jaramillo, el Tribunal, al estudiar el alcance de la cláusula de la cesión, “quedando responsable,” declaró que tal responsabilidad no sólo se refiere al presente—acto de la cesión,—sino al futuro, siendo así que tal cláusula—continúa el recurrente—excluyó terminantemente la solvencia futura, ya que para que ésta exista es preciso que se comprenda expresamente, y que como no se comprendió esa responsabilidad en la nota de cesión, el Tribunal violó el citado artículo 1965 del Código Civil por errónea interpretación. Que igualmente violó los artículos 1961, 1767 y 1618 de la misma obra. Los dos primeros porque la cesión de créditos personales debe constar por escrito, como lo indican estas disposiciones que no tuvo en cuenta el Tribunal; y la última al admitir el Tribunal para aclarar la duda que ofrece para él la cláusula “quedando responsable,” las declaraciones de los testigos presentados por el demandado Restrepo, con fundamento en el artículo 93 de la Ley 153 de 1887 y en el artículo 1618 del Código Civil, con lo cual incurrió el sentenciador en error de derecho en la apreciación de tales declaraciones, por ser inocuas e inadmisibles, y al decir que

si debían tenerse en cuenta por haber un principio de prueba por escrito de la obligación de responder el cedente de la solvencia futura con la cláusula citada, y declarar que no se trataba de adicionar o alterar el sentido de tal nota o cláusula, sino de interpretarla, máxime habiendo sido puesta de orden del cedente, no obstante establecer el artículo 1767 citado que es inadmisile la prueba de testigos para comprobar hechos que deben constar por escrito.

Concluye el autor del recurso que todos los errores anteriores llevaron al Tribunal a justificar la petición distinguida con la letra d) de la demanda de reconvención, y a hacer al cedente responsable de la solvencia futura del deudor principal y de su fiador, lo cual era improcedente y debió por lo mismo absolverse de tal cargo al contrademandado.

En orden a la violación del artículo 1965 del Código Civil, la Corte observa: Esta disposición establece que cuando el cedente de un crédito quiere hacerse responsable de la solvencia del deudor, sea ésta presente o futura, ha de decirlo expresamente en la cesión; pero esto no significa que para que exista tal obligación hayan de emplearse términos sacramentales, sino que de los de que se valga el cedente se entienda claramente que tal ha sido su intención.

En el presente caso aparece que el cedente Vicente Jaramillo al ceder el crédito a Juan de la Cruz Restrepo, dijo “quedando responsable.” Esta cláusula puede prestarse a dos interpretaciones: o que Jaramillo respondía de la solvencia presente del deudor, o que comprendía también la solvencia futura del mismo. El Tribunal acogió la última interpretación fundado en consideraciones que, si bien no son todas jurídicas, algunas sí se ajustan a lo que dice la citada cláusula y a las circunstancias especiales del caso, pues al decir el cedente “quedando responsable,” se ve que quiso referirse a un tiempo posterior al momento de la cesión; y por otra parte, no estando vencido el plazo de la obligación cuando se verificó la cesión (octubre de 1928), no es desacertado deducir, como lo hizo el Tribunal, que el compromiso de la responsabilidad del cedente Jaramillo se refiere al tiempo en que esa obligación fuera exigible, o sea en mayo de 1929, ya que antes no podía el cesionario hacer valer sus derechos. Además, la interpretación del Tribunal a la cláusula transcrita tiene en su apoyo la regla establecida en el inciso último del artículo 1622 del Código Civil, conforme a la cual las cláusulas de un contrato se interpretan también con la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de ellas, con aprobación de la otra parte. Consta que Vicente Jaramillo, cuando ya había transcurrido algún tiempo después de la cesión y pudo por lo mismo darse cuenta del compromiso que había contraído, pagó dos veces intereses del crédito al cesionario, lo que implica que entendió haber quedado obligado para un tiempo posterior a la época de la cesión.

No siendo, pues, manifiestamente desacertada la interpretación acogida por el Tribunal respecto de la cláusula en referencia y prestándose ésta a dos interpretaciones, no puede reconocerse, en presencia de la soberanía de que goza el sentenciador para ello, que haya violado en el caso la disposición del artículo 1965 del Código Civil.

Tampoco puede reconocerse que el Tribunal hubiera violado el artículo 1961 del Código Civil, en cuanto es-

tablece que la notificación de la cesión debe hacerse con la exhibición del título que lleve anotado el traspaso del crédito bajo la firma del cedente y con la designación del cesionario, porque en este caso la cesión contiene los requisitos que exige la disposición citada, y por lo cual el autor del recurso la considera violada por el Tribunal; y porque lo relativo a la notificación de la cesión no ha sido motivo de discusión en las instancias.

Por último, pudo el Tribunal violar las disposiciones de los artículos 1767 del Código Civil, en relación con el 93 de la Ley 153 de 1887, y 1618 del mismo Código, al decir que en la cláusula "quedando responsable," hay un principio de prueba por escrito del cedente Jaramillo, que podía completarse con las declaraciones de testigos que el mismo sentenciador cita, porque no se trataba de adicionar o alterar tal cláusula, sino de interpretarla; y en cuanto da el sentenciador preferencia a tales declaraciones sobre lo literal de las palabras empleadas en la nota o cláusula; pero tales errores no son suficientes para casar la sentencia, porque, como ya se vio, ésta tiene otros fundamentos.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar, y no infirma, la sentencia de fecha quince de octubre de mil novecientos treinta, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este juicio. Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Secretaría y por medio de la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Faustino Pasmin demandó a la Empresa de Fuerza y Energía Eléctrica de Buga, representada por el doctor Mario Garcés Patiño, para que se le condenara a pagarle la cantidad líquida de diez y seis mil pesos (\$ 16,000) oro, cantidad en que estimó los perjuicios causados por la muerte de su hijo Roberto Pasmin.

Como hechos fundamentales de la demanda señaló éstos:

"a) Que mi infortunado hijo Roberto Pasmin murió precisamente electrocutado en esta ciudad, el día veintidós de mayo de mil novecientos veintisiete, en las primeras horas de la mañana, domingo, por uno de los alambres conductores de fuerza y energía eléctrica de la Empresa de Luz de Buga; alambre o conductor de corriente eléctrica que se encontraba caído al suelo, debido a un corto circuito.

"b) Que mi citado hijo, como lo he dicho antes, murió, y que los facultativos certificaron que su muerte se debía por electrocutamiento, recibiendo su cuerpo un fuerte voltaje que en esos momentos circulaba en los alambres de luz, y que consecuentemente la muerte se debió al electrocutamiento.

"c) Que mi citado hijo era un hábil carpintero, como lo tengo demostrado, y su salario diario era el de dos

pesos cincuenta centavos oro (\$ 2-50), o sean quince pesos oro a la semana, mensualmente sesenta pesos, y al año, la no despreciable suma de setecientos veinte pesos (\$ 720) oro, y que mi hijo era el primer obrero de mi taller de carpintería, y que ayudaba con el fruto de su trabajo a su padre y demás hermanos, los cuales han recibido manifiesto perjuicio con la muerte de él.

"d) Que mi citado hijo era un hombre fuerte, sano, de complexión robusta, de conocimientos y capacidades suficientes para el arte de la carpintería, lo demuestran los mismos certificados de los notables facultativos doctores Tomás y Rafael Rengifo Ospina, y que, según la ciencia médica, mi hijo prenombrado había podido vivir sesenta años, o sea la duración ordinaria de la vida del hombre, y que con la pérdida de la vida de mi hijo, pérdida irreparable, no he hecho otra cosa que recibir perjuicios manifiestos en mi diario vivir, para mantener a la familia, la cual se halla en la suma pobreza.

"e) Que la Empresa de Fuerza y Energía Eléctrica de Luz de Buga, representada por su Gerente, hizo un reconocimiento tácito, pagando la suma de sesenta pesos oro como valor de la caja mortuoria en que fue depositado el cadáver de mi hijo, pago que efectuó el doctor Mario Garcés Patiño al señor Luis Velásquez, dueño y vendedor de la caja mortuoria en referencia, y que dicho pago implica, en cierta forma, un reconocimiento que no puede ser negado por quien gerencia la misma Empresa.

"f) Que la misma Empresa de Fuerza y Energía Eléctrica de Buga, por medio de su Gerente, no ha dado los pasos necesarios para que el demandante, en su carácter de padre legítimo de Roberto Pasmin, sea indemnizado de los perjuicios ocasionados con el electrocutamiento de mi hijo, como si éste nada representara y nada valiera ante los hombres que rinden diario culto al trabajo, y se le pudiera considerar como un buen elemento para servir únicamente de difunto; que la mencionada Empresa no ha hecho arreglo alguno amigable con el demandante, a pesar de saber la misma Empresa que Faustino Pasmin y su familia es hoy demasadamente pobre.

"g) Que la ciudad de Buga se vio amenazada de muerte el día veintidós de mayo de mil novecientos veintisiete, con el corto circuito que se desarrolló en el trayecto de la carrera 10 con calles 7 y 8, pues que ninguno de los empleados de la Empresa acudió solícito y pronto al lugar mencionado, y antes, por el contrario, la ausencia de tales empleados brilló en esos momentos, los que si acuden a tal lugar hubieran podido evitar la muerte de mi hijo; que las casas comprendidas en el mismo trayecto también se vieron amenazadas por el corto circuito, pues muchas de ellas recibieron perjuicios en las canales de cinc que reciben las aguas lluvias.

"h) Que lo dice el doctor Néstor Antonio Rengifo Ospina, el sistema de instalaciones eléctricas usadas por la Empresa de Buga es el sistema más anticuado, y constituye un diario peligro para la ciudad y para la vida de sus habitantes; pues en ninguna parte del mundo existe tal sistema de instalaciones, y que en el momento menos dado, la población está condenada a perecer, y que los alambres o conductores de fuerza y energía eléctrica de Buga están mal instalados.

"i) Que mi hijo Roberto Pasmin, muerto a la edad de veintidós años, como lo acusa la partida de defunción, había podido vivir muy bien cerca de sesenta años, y que habiendo dejado de existir, su padre y demás familia, durante treinta y ocho años, se ven obligados a no recibir los auxilios pecuniarios de mi hijo, y que durante

ese lapso de tiempo (sic), treinta y ocho años, el trabajo para el demandante se centuplica, y tiene que hacer mayores sacrificios para atender a las diarias obligaciones que impone una familia numerosa, y a falta de mi hijo, buen obrero, tengo que trabajar el doble.

"j) Que es deber de la Empresa de Fuerza y Energía Eléctrica de Buga pagar religiosamente la cantidad de dinero que le cobro como indemnización de perjuicios, por lo que hubiera podido vivir mi hijo ya citado, porque así cobrando esta suma, será la única manera de resarcirse el demandante en los perjuicios con la muerte de su hijo, suma de dinero que en justicia no vale ni representa el valor del trabajo de mi hijo durante treinta y ocho años de continuo trabajar, y porque es justo que la Empresa reconozca tal suma.

"k) Que demostrado como está por medio de certificados médicos, por medio de la partida de defunción, y por medio de número plural de testigos, fuerza es que la Empresa de Fuerza y Energía Eléctrica de Buga cumpla con un deber de pagar la cantidad por la cual se la demanda, ya que la sociedad no puede vivir sin sanción del caso, ya que el acontecimiento se debió al total descuido de los alambres o conductores de fuerza y energía eléctrica de Buga, que constituyen una amenaza para la población.

"l) Según estimación pericial de los señores Benjamín Jiménez, Ernesto Pereira y Antonio Triviño, no es una temeridad afirmar como un hecho, que Roberto Pasmin ganaría mayor salario en el resto de años que le faltaban o faltaron por vivir, presupuesto por los técnicos médicos, prueba pericial que en el término de prueba se allegará a los autos. Téngase en cuenta que un obrero, cualesquiera sea su profesión, progresa diariamente en el arte que conoce, y, por lo tanto, mi hijo hubiera progresado en la carpintería cada día....."

El Juez del conocimiento falló la controversia absolviendo a la Compañía de Energía Eléctrica, y condenando en costas al actor.

El fallo fue apelado, y el Tribunal Superior de Buga revocó la sentencia de primera instancia, y decidió:

"1° No están probadas las excepciones perentorias de 'carencia de acción, petición de modo indebido y caso fortuito,' propuestas por la parte demandada.

"2° Condénase a la Empresa de Luz y Energía Eléctrica de Buga, representada por su Gerente doctor Mario Garcés Patiño, y de conformidad con las peticiones de la demanda, a pagar a Faustino Pasmin, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de ocho mil setecientos pesos oro, como indemnización por el daño que se le causó con la muerte de su legítimo hijo Roberto Pasmin, a causa de los motivos de que se ha hecho mérito en la parte expositiva del presente fallo.

"Sin costas."

El Gerente de la Empresa recurrió en casación, y como el recurso está ajustado a las normas legales, se procede a estudiarlo en concordancia con las leyes que regían cuando él se interpuso, por ordenarlo así el artículo 1228 del Código Judicial vigente. (Ley 105 de 1931).

El primer reparo consiste en el error de derecho que se le imputa al Tribunal, al dar por probados, con pruebas testimoniales, estos hechos base de la sentencia:

"1° Que por causa de un corto circuito la cuerda primaria, conductora de la fuerza eléctrica, se rompió en la mañana del veintidós de mayo de mil novecientos veintisiete, en una de las calles más centrales de esta ciudad, y cayó a tierra.

"2° Que inmediatamente se registró ese daño en el aparato indicador de toda alteración en el correcto funcionamiento de la maquinaria, y los empleados procedieron a quitar la corriente para prevenir algún siniestro.

"3° Que la cuerda así rota permaneció en el suelo por más de dos horas, según algunos declarantes, y por bastante espacio de tiempo, según otros.

"4° Que don Daniel Mena y López tomó en sus manos dicha cuerda sin que le causara daño alguno, porque estaba sin corriente.

"5° Que inmediatamente después de que Mena soltó la mencionada cuerda rota, pasó el joven Roberto Pasmin, y como seguramente él alcanzó a ver que don Daniel había tenido en sus manos ese alambre sin perjuicio alguno, lo cogió y quedó en el acto electrocutado.

"6° Que los empleados de la Empresa pusieron de nuevo la corriente sin estar reparado el daño, o sea estando todavía la cuerda en el suelo.

"7° Que tal cosa hicieron como ensayo o prueba para saber si ya se había compuesto dicha cuerda; y

"8° Que esa fue la causa cierta e inequívoca de la muerte del joven Pasmin, porque al coger él la cuerda que acababa de soltar Mena, ya los empleados de la Empresa habían restablecido la corriente eléctrica."

El error imputado al Tribunal consiste, pues, en dar por probados los hechos segundo, sexto, séptimo y octavo, con las declaraciones de los testigos que cita el fallo, porque a juicio del recurrente, sólo un declarante habla de que el aparato registrador indicase un daño en la línea conductora de la energía eléctrica.

Evidente es que sólo Marcos Cuadros se refiere al aparato registrador, pero también lo es que otro testigo, Triviño Manuel S., trabajador de la Empresa de Energía Eléctrica, asegura que el día en que fue electrocutado el señor Pasmin, él se encontraba en la planta eléctrica, y que allí se supo que uno de los alambres conductores se había roto y estaba en el suelo, por lo cual se quitó la energía, pero que momentos después un empleado de turno volvió a establecer la corriente para persuadirse de si el daño había sido remediado, pero que como de la oficina de la ciudad avisaran a la planta que el daño no se había compuesto, se volvió a suspender la corriente eléctrica.

Estas dos declaraciones contestes, establecen plenamente que en la planta se tuvo conocimiento del daño causado en una de las líneas conductoras de la corriente y que por ello se suspendió por unos instantes, reanudándose después, para ver si ya se había remediado.

También está comprobado, y ello no se remite a duda, que el señor Daniel Mena y López tomó en sus manos la cuerda sin que le causara daño alguno la corriente, y que pocos momentos después de que Mena soltó la cuerda, la cogió Pasmin, quedando electrocutado en el acto; lo que está demostrando que en el momento en que Mena cogió la cuerda no había corriente, y que cuando la cogió Pasmin, ella se había restablecido, porque éste fue electrocutado.

Cierto que el recurrente dice que Mena y López sólo cogió un extremo del alambre, en tanto que Pasmin recogió del suelo ambos extremos, y de allí que quedara electrocutado. Todos los testigos que cita el Tribunal declaran que la misma cuerda que cogió Mena y López fue la que tomó Pasmin cuando aquél la soltó, de manera que el hecho aseverado por el recurrente, de que Mena sólo cogió un extremo del alambre, y Pasmin ambos, no está demostrado.

Ahora: no habiéndose demostrado el hecho anterior, no puede remitirse a duda que la imprevisión y descuido de los empleados de la planta causó la muerte de Pasmin, ya que lo prudente hubiera sido suspender definitivamente la corriente hasta que el alambre caído hubiera sido levantado del suelo y colocado en los soportes correspondientes.

No prosperando la acusación por el error de hecho y de derecho en la apreciación de esas probanzas, no puede haber violación, por esa mala apreciación de la prueba, de los artículos 1494, 2341, 2347 y 2349 del Código Civil.

Acúsase en segundo lugar el fallo por error de derecho en la apreciación de las pruebas, para demostrar la negligencia por parte de la Empresa, y consiste el error, a juicio del recurrente, en que casi en el momento en que se rompió el alambre, ocurrió la muerte de Pasmin, y que quince minutos después de ocurrido el corto circuito, se iniciaron los trabajos de reparación, lo que está indicando que la Compañía puso todo el celo y diligencia posibles para reparar el daño lo más pronto.

En el expediente existen las declaraciones de Tomás Lozano y Luis Ignacio Campo, quienes declaran que ellos ocurrieron a llamar un empleado de la Compañía para que se remediara el daño, y que no fue posible encontrarlo, porque la oficina de la planta, en la ciudad de Buga, se encontraba cerrada a esas horas, y que habían llamado varias veces a la planta por teléfono, y que allí nadie respondió.

Otros testigos declaran que transcurrió un espacio de tiempo mayor de una hora entre la ruptura del alambre y la reparación de la línea. Hechos estos comprobados, que le acarreen a la Empresa responsabilidad por la negligencia en la reparación de las líneas conductoras de la energía eléctrica.

La Corte ha resuelto en jurisprudencia constante que las personas jurídicas, que no son capaces de cometer delitos o culpas que caigan bajo la sanción del Código Penal, sí pueden cometer culpas civiles, no ellas propiamente, sino sus agentes o representantes legales, y, por tanto, son responsables de los perjuicios que esos agentes o representantes les causen a terceros. También ha decidido que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, ya se trate de culpa contractual, ya de culpa aquiliana.

Como tercer motivo de casación señala el recurrente el quebrantamiento de los artículos 651, 652 y 653 del Código Judicial. El Tribunal, para fijar la cuantía de la indemnización, se basó en las declaraciones juradas de varios testigos, quienes dan razón de que Pasmin era carpintero hábil, capaz de ganar un jornal diario de dos pesos y medio por lo menos, y que era joven, pues apenas tenía veintiún años cuando murió.

El recurrente acusa así esta base de la sentencia:

"Preceptúa el artículo 651 del Código Judicial, que en toda causa cuyo esclarecimiento dependa de los principios de alguna ciencia o arte, o que haya que hacer apreciaciones o avalúos, se nombrarán peritos; y el 653 de la misma obra, confiere a cada una de las partes el derecho de nombrar un perito, que, según el artículo 652, es la persona conocidamente hábil e instruída en la ciencia y arte a que pertenezca el punto sobre que ha de oírse su concepto.

"De suerte que el Tribunal incurrió en error de derecho al darle a las declaraciones a que alude la parte transcrita en este capítulo, la fuerza de prueba pericial, y como consecuencia de ese error, es decir, por no haber-

los aplicado, siendo el caso de aplicarlos, para abstenerse de fijar la cuantía, los artículos 651 y 653 del Código Judicial, que son disposiciones sustantivas."

Se observa:

El Tribunal mal ha podido darle aplicación al artículo 651 porque el nombramiento de peritos deben hacerlo las partes cuando esa solicitud la hacen dentro del término probatorio y como una probanza traída a los autos. No podía el sentenciador por sí y ante sí nombrar peritos para que hicieran ese avalúo sin que lo hubieran solicitado las partes, a menos que el Tribunal hubiere estado en el caso de dictar auto para mejor proveer, cosa que no ha sucedido en el presente litigio, lo que está indicando que el Tribunal no podía por el momento aplicar dicho artículo.

Ahora, si el cargo quiere decir que el Tribunal no ha debido apreciar la prueba testimonial para fijar el monto de la indemnización, tocábale al recurrente citar como violada la disposición que le prohiba al sentenciador basarse en la prueba testimonial para hacer el justiprecio de perjuicios, es decir, demostrar que la única prueba reconocida por la ley para hacer apreciaciones o avalúos, es la de peritos.

No está por demás llamar la atención del recurrente acerca de las sentencias de la Corte de diez y ocho de febrero de mil ochocientos noventa y tres, Gaceta Judicial número 383, tomo VIII, y diez de octubre de mil novecientos veintitrés, Gaceta Judicial números 1584 y 5, tomo XXX, en las cuales ha asentado la doctrina de que las disposiciones del artículo 651 no son propiamente de prueba sino de mero procedimiento, cuyo quebrantamiento no puede dar lugar a la primera causal de casación, y que la prueba pericial no es la única en tratándose de justiprecios o avalúos.

Respecto de la violación del artículo 840, basta observar que el Tribunal lejos de violarlo le dio cumplimiento, porque fijó la cuota de la indemnización en cantidad líquida que es una de las cosas que ordena esa disposición.

Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha diez y siete de abril de mil novecientos treinta y uno.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo dos de mil novecientos treinta y dos.

La única facultad que tienen los Jueces o Magistrados respecto de las sentencias definitivas, es aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, y esto no ha sido solicitado (artículo 482, Código Judicial); pero es un imposible jurídico reconsiderar el fallo anterior, como se pide en el precedente memorial.

Pero como la respetabilidad del abogado petente obliga imperativamente la atención de la Sala, se exponen estas consideraciones:

La sentencia objeto de reclamo está ajustada a la jurisprudencia de la Corte, que considera que en tratándose de apreciaciones o avalúos, la única prueba no es la pericial.

En el cuerpo del fallo se citaron los números de la *Gaceta Judicial* en donde corren publicados esos fallos, y ahora se transcriben en lo pertinente:

"a) Al establecer el artículo 651 del Código Judicial que se nombraran peritos en toda causa cuyo esclarecimiento dependa de los principios de alguna ciencia o arte, o que haya apreciación o avalúo, no dijo, ni quiso decir, que en tales casos la prueba pericial sería la única admisible, con exclusión de cualquiera otra.

"Que el artículo 651 que cita el recurrente, en cuanto dispone que siempre que haya que hacerse en las causas civiles apreciación o avalúo, se nombren peritos, no es por su naturaleza ni por el Código Procedimental, en que se halla consignado, una ley sustantiva, cuya transgresión dé lugar a que se case una sentencia por la primera de las causales que establece el artículo 369 de la Ley 105 de 1890; y

"Que la disposición del preindicado artículo 651 no era de rigurosa e indispensable aplicación en el caso de que se trata, para el efecto de apreciar o avaluar los perjuicios demandados."

La sentencia invocada por el peticionario, correspondiente al número 2894 de la *Jurisprudencia de la Corte*, tomo III, dice:

"Por otra parte, las disposiciones invocadas no son propiamente de prueba, sino de mero procedimiento, cuya violación, caso de haberla, no podría ser materia de casación. Además de que tales artículos ordenan que en los juicios dichos se ha de acudir a peritos, no se sigue que para los casos de demencia ellos impidan la aplicación de los artículos 651 y 652 del Código Judicial, sino que, por el contrario, el peritaje en ese procedimiento, como en cualquier otro en que ocurra, la prueba pericial, deben observarse las reglas de esos últimos artículos invocados por el Tribunal."

Como se ve, en este fallo no se asienta la doctrina de que la única prueba para hacer avalúos o apreciaciones, sea la pericial. En veces es conveniente pasarle los ojos a la *Gaceta Judicial*, y no atenerse estrictamente a los extractos publicados en la *Jurisprudencia de la Corte*.

Con pena se observa, a la categórica afirmación del peticionario, que en la sentencia del juicio de la señora Gabriela Monedero y la familia Plaza, no se trató, ni incidentalmente, el punto de si la prueba pericial es la única admitida por la ley para apreciaciones o avalúos. Allí se declaró resuelto parcialmente un contrato de compraventa por falta de pago de parte del precio, y se remitió a las partes a otro juicio para estimar los perjuicios causados por la infracción del contrato (sentencia de fecha diez y nueve de diciembre de mil novecientos treinta).

La sentencia a que se refiere el número 2965 de la *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 1º, no es una sentencia de casación, que son las únicas que constituyen doctrina legal más probable (Ley 169 de 1896, artículo 4º). Ese fallo se dictó en el juicio establecido por Julio Arboleda contra la Nación, por haber el Cuerpo Legislativo suprimido el derecho de vender e importar licores destilados en la Provincia de Bogotá, y en ella no se trató el punto discutido por el peticionario. Ese fallo corre

publicado en el número 90, página 302, *Gaceta Judicial*, tomo II.

Por estas consideraciones se niega la petición principal, y se accede a la accesoria o subsidiaria, cual es la expedición de las copias que se solicitan, la cual se hará con citación de la parte contraria (artículo 361, Código Judicial).

Notifíquese y publíquese.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo diez y ocho de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Ante el Juzgado 2º del Circuito de Cali presentó el señor Demetrio Hurtado S. una demanda en que expuso estos hechos:

"1º El juicio de sucesión testada de mi madre, la señora Ana Joaquina Salinas, se surtió ante el Juzgado 3º de este Circuito, y terminó hace un año, aproximadamente.

"2º En dicho juicio se inventarió como bien herencial el siguiente: una casa con su terreno correspondiente, inmueble ubicado en esta ciudad de Cali, y alinderado así:

'Por el Norte, carrera décima (10º) de por medio, con el edificio de la plaza de mercado; por el Oriente, en parte, con propiedad del señor Manuel María Ayala, y en parte con la calle trece; por el Occidente, con casa y terreno de los herederos de Enrique Casas, y por el Sur, con casa de Espiritusanto Pérez.'

"3º El bien raíz descrito fue avaluado en el juicio mortuario dicho, en la cantidad de quince mil pesos (\$ 15,000).

"4º En la partición de los bienes relictos, y de conformidad con la memoria testamentaria de mi madre ya nombrada, se me adjudicó en el bien raíz especificado, un valor de tres mil pesos (\$ 3,000) sobre un avalúo de quince mil pesos (\$ 15,000), que, como dije antes, se dio al inmueble, o sea la quinta parte de éste.

"5º Las otras partes restantes de ese bien raíz fueron adjudicadas así: una quinta parte para cada uno de mis tres hermanos, Gabriel, Jesús y Agustín Salinas, y una quinta parte para los menores hijos de Agustín Salinas, llamados Julio y Agustín Salinas Micolta.

"6º Todos o casi todos los coasignatarios deseamos, por mil títulos, que cese la indivisión o comunidad en que nos encontramos.

"7º El inmueble urbano de que se trata no admite cómoda y conveniente división material, o al dividirlo, cualquiera en tres o más partes, perdería muchísimo de su valor, importancia y utilidad, quedando sus partes hasta inservibles.

"8º La única solución al respecto es la venta que, precisamente tratándose de predios y edificaciones urbanas, preconiza y establece la ley, con el fin de evitar las desventajas o inconvenientes que apunto en el hecho anterior."

Especificó el objeto de la demanda, diciendo que era "para que se venda judicialmente, previos los respectivos trámites, el bien raíz ubicado en esta ciudad, y que se ha alinderado en el título 2º de este libelo, a fin de

repartir su producto entre los coasignatarios, en la proporción que queda expresada."

Encaminó la acción contra los otros comuneros.

Gabriel Salinas aceptó la demanda. Se opusieron Jesús y Agustín en sendos memoriales, que se ven a folios 11 y 12 del cuaderno principal: allí manifestaron que, en su sentir, no era explicable el procedimiento señalado en los artículos 1295 y 1296 del Código Judicial a los casos de venta de la cosa común en subasta.

"Toda disposición especial es, por su naturaleza misma, aplicable a los casos en ella previstos. Esas disposiciones dicen que ellas rigen casos en que debe dividirse la cosa común; pero se trata aquí de algo distinto, y no por equivalente deja de ser distinto: dividir el valor de la cosa común."

Agregaron que la cuestión debía ventilarse por los trámites del juicio ordinario, con arreglo al artículo 929 del propio Código, y explicaron:

"Y eso es lo natural. Si la legalidad de la venta depende de que la cosa no puede dividirse fácil y convenientemente, es preciso comprobar en el plenario de un juicio declarativo si ese proyecto de venta debe prosperar por estar en esas circunstancias, o si, al contrario, es posible la división material sin afectar el valor de la propiedad hecha partes."

Concluyeron exponiendo que, de todos modos, como se oponían a la división en la forma pedida, debía abrirse el juicio ordinario.

Llegado a la mayor edad el comunero Agustín Salinas Micolta, manifestó oponerse a la división por venta (folio 47 del cuaderno citado); pero la aceptó expresamente el curador ad litem del comunero menor Julio (folio 45).

Convertido el juicio en ordinario, de conformidad con el artículo 1297 del anterior Código Judicial, el Juez dictó sentencia el diez y nueve de agosto de mil novecientos veintinueve, de acuerdo con lo pedido en la demanda.

Agustín y Jesús Salinas (éste por conducto de apoderado), introdujeron recurso de apelación contra tal sentencia, la que fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali, mediante la suya, de fecha nueve de diciembre del mismo año.

El apoderado de Jesús Salinas interpuso recurso de casación, el cual admite la Corte por hallarse dentro de las condiciones requeridas en orden a la naturaleza y a la cuantía del negocio.

Ante esta Superioridad no se fundó el recurso: se estudiará el memorial presentado al Tribunal, que, aunque muy deficiente, contiene acusaciones de violación de la ley y errores de hecho y de derecho.

Se alega la causal primera, aduciendo en globo estos motivos: ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, ya directamente, ya por interpretación errónea o por indebida aplicación de varias disposiciones al caso del pleito; error de derecho en la apreciación de la demanda y su contestación, y error de derecho derivado de un evidente error de hecho en la apreciación de los elementos del juicio.

La sentencia—expone el lacónico memorial—se funda en que como el demandado no negó los hechos en que apoyó el actor su demanda, éste no ha estado obligado a probar esos hechos, porque la obligación del demandante se halla limitada por las negaciones del reo, es decir, que lo que éste no niega, no hay necesidad de probarlo. Conclusión ésta que se aparta del texto de la contestación de la demanda, en donde dijo Salinas:

"Me opongo a la venta, y lo hago en la forma siguiente:

"Si la legalidad de la venta depende de que la cosa no puede dividirse fácil y convenientemente, es preciso comprobar en el plenario de un juicio declarativo, si ese proyecto de venta debe prosperar por estar en esas circunstancias, o si, al contrario, es posible la división material sin afectar el valor de la propiedad hecha partes. Pero, de todos modos, como me opongo a la división en la forma pedida—división por repartición del producto de la cosa vendida—debe abrirse el juicio ordinario."

La sentencia—prosigue el memorial—sostiene que quien no dice textualmente niego, se entiende que confiesa; pero la moderna ciencia jurídica opina que quien calla, ni niega ni confiesa, sino que calla. Y en este caso, si bien no se han hecho negaciones expresas, la oposición a la demanda indica que sí negó el demandado los hechos.

"Si en esos casos como éstos, una oposición no ha podido fundarse sino en la no existencia de la comunidad y en la no procedencia de la división por venta, no habiéndose aducido lo primero, y habiéndose hecho la oposición y habiéndose pedido la entrada a juicio plenario, es claro que la intención manifestada ha sido la de esperar la prueba que, según el artículo 145 de la Ley 40 de 1907, hiciera viable lo demandado."

Excesivamente sutil ha sido la interpretación dada por el fallador a las disposiciones legales sobre prueba y carga de la prueba en este juicio, y esa interpretación viola la clara intención de una de las partes, expuesta en el escrito de oposición a la venta en subasta.

Se observa:

Como se ha visto, se sugiere la transgresión del artículo 145 de la Ley 40 de 1907 por error de hecho en la estimación de la respuesta dada a la demanda, en la cual (así se asegura), se formula una oposición, por no aparecer probado el caso de acudir a la venta del bien común en remate, en vez de partirlo materialmente.

El artículo citado establece en su inciso 2º una regla: la de que la división material tiene preferencia cuando se trata de un terreno, y la venta, cuando se trata de una habitación, un bosque u otra cosa que no pueda dividirse fácil y convenientemente en porciones o cuyo valor desmerezca por causa de tal división.

Como el juicio versa sobre un predio urbano, al demandante le ha bastado acogerse a esta regla, sin que tuviera necesidad de demostrar que la casa no se prestaba a división material fácil y conveniente, o que su valor no menguaba por semejante motivo.

De otro lado, leyendo atentamente el memorial de Jesús Salinas, visible al folio 11, no puede atribuírsele al Tribunal un error evidente de hecho en la interpretación que le dio acerca de que el mentado comunero sólo controvierte allí el acierto del procedimiento adoptado en el juicio, pero sin negar que no era practicable el partir materialmente la casa, por razones de conveniencia.

Estima, pues, la Corte, que no está acreditado el error de hecho, y que no ha habido violación indirecta del mentado artículo 145, porque el demandante—se repite—tenía derecho de invocar la preferencia legal para la partición por venta.

(No entra la Sala a examinar otros conceptos del fallo, por no estar expresamente impugnados, ni ser ello conducente a los fines de la casación).

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

de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Son de cargo del recurrente las costas que se hubieren causado.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

FRANCISCO TAFUR A.—Tancredo Nannetti—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo treinta de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

En el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá se inició la presente causa con el escrito o libelo de demanda, fechado el ocho de noviembre de mil novecientos diez y seis, en el cual Juan C. Dávila A., mayor y vecino de Bogotá, dijo:

“A nombre del señor Ezequiel Quijano, mayor de edad, vecino y residente del Municipio de Mosquera, en ejercicio del poder que me ha conferido dicho señor Quijano, según consta del memorial adjunto, entablo la siguiente demanda ordinaria:

“1º Para que con citación y audiencia del doctor Manuel Felipe Perera, también mayor y vecino de Bogotá, donde actualmente reside, se declare que el expresado señor Ezequiel Quijano es dueño del solar situado en esta ciudad, en la esquina noroeste, formado por la intersección de la calle vigésimatercera, antes vigésimatercera al Norte, con la carrera novena, antes carrera segunda al Occidente, y que linda:

‘Por el Norte, con la calle vigésimatercera; por el Oriente, con casa y solar de Miguel Díaz, con el fondo o término del solar de Anastasia Carrillo y con el fondo o término del solar correspondiente a una casa de la sucesión de Clemencia Lozano; por el Sur, con solar de la casa del señor Guillermo Kalbreller, y por el Occidente, con la carrera novena mencionada.’

“2º Para que se condene al mismo doctor Perera a restituir al nombrado señor Ezequiel Quijano:

“a) El solar que se acaba de determinar.

“b) Toda especie de frutos que el solar haya producido desde el diez y nueve de enero de mil ochocientos ochenta y nueve, hasta cuando se efectúe la restitución del solar; y

“c) Todos los frutos de cualquiera especie que el solar hubiera producido durante todo el período indicado en la letra anterior, estando en poder de su legítimo dueño, y ejercitando éste con mediana inteligencia y actividad los derechos anexos al dominio.

“3º Para que asimismo se condene al propio doctor Perera a pagar a mi representado el valor de los deterioros que por hecho o culpa del demandado haya sufrido el solar durante el período ya fijado.”

Se expresó el derecho, causa o razón de la demanda, y como hechos en que se apoya ésta, se adujeron los siguientes:

“1º Que Ezequiel Quijano vendió los derechos sobre la finca, atrás relacionados, a los señores Vicente Quijano y María Ferro, quienes, respectivamente, volvieron a vender a Quijano por los siguientes títulos:

‘Escritura número 1047, de veinticuatro de agosto de mil novecientos catorce, ante el Notario de este Circuito, y escritura número 125, de veintitrés de enero de mil novecientos quince, ante el Notario 2º de este Circuito.’

“2º Que Ezequiel Quijano adquirió del señor Joaquín Campuzano, como apoderado éste de Wenceslao Campuzano, todos los derechos reales sobre la finca de que se trata, por los linderos atrás relacionados, según escrituras pasadas ante el Notario 1º de Bogotá, bajo los números 1228 (folio 43) y 1416 (folio 39), de fechas veinticinco de noviembre y veinte de diciembre de mil ochocientos noventa y cinco.

“3º Que el poder conferido por el señor Wenceslao Campuzano al señor Joaquín Campuzano, por el cual se hizo la venta que se relaciona en el hecho que precede, consta en la escritura número 2269 (folio 36), extendida ante el Notario 2º de Bogotá, con fecha veintinueve de diciembre de mil ochocientos noventa y cuatro, con cláusula especial para vender.

“4º Que el señor Wenceslao Campuzano adquirió del señor Joaquín Campuzano todos los derechos reales sobre la finca demandada, bajo los linderos ya expuestos por escritura número 622 (folio 44), de diez y nueve de noviembre de mil ochocientos noventa y uno, ante el Notario 1º de Bogotá.

“5º Que el señor Joaquín Campuzano adquirió del señor Estanislao Piedrahita todos los derechos y acciones en los bienes de la sucesión de la señora Clemencia Lozano; por escritura número 796 (folio 29), de cuatro de agosto de mil ochocientos noventa, ante el Notario 4º de Bogotá.

“6º Que a Joaquín Campuzano se le adjudicaron en la sucesión de la señora Clemencia Lozano todos los derechos reales sobre la finca demandada, por los mismos linderos expresados; sucesión que se protocolizó por escritura número 140, de fecha primero de abril de mil ochocientos noventa y uno, ante el Notario 1º de Bogotá.

“7º Que el señor Estanislao Piedrahita adquirió del señor Tomás Campuzano todos los derechos y acciones sobre todos los bienes de la sucesión de la señora Clemencia Lozano, por compra que de ellos hizo, por escritura número 883, de fecha cinco de agosto de mil ochocientos ochenta y seis, otorgada ante el Notario 3º de este Circuito.

“8º Que el señor Tomás Campuzano adquirió los derechos a los bienes de la sucesión de la señora Clemencia Lozano, por compra que de ellos hizo a Juana Lozano y Juan C. Campuzano, por escrituras números 825, de veintiséis de abril de mil ochocientos setenta y tres, pasada ante el Notario 2º de Bogotá; 2032, de dos de octubre de mil ochocientos setenta y cuatro, otorgada en la misma Notaría, y 1235, de veinticinco de octubre de mil ochocientos setenta y cinco, extendida ante la Notaría 2º mencionada. Estas, otorgadas por la señora Juana, y la número 2036, de tres de octubre de mil ochocientos setenta y cuatro, por el señor Juan Campuzano. Además, el señor Tomás Campuzano fue instituido heredero universal de la señora Juana Lozano, por medio del testamento otorgado por escritura número 37, de fecha diez y nueve de mayo de mil ochocientos setenta y siete, pasada ante la Notaría 3º de Bogotá.

“9º Que Juan C. Campuzano adquirió parte de los derechos a los bienes de la sucesión de Clemencia Lozano, por venta que le hizo la señora Juana Lozano, según escritura número 825, citada en el hecho que precede.

"10. Que la señora Juana Lozano adquirió los derechos a los bienes de la sucesión de Clemencia Lozano, por haber sido declarada heredera de ésta, según consta de los documentos que se presentan en la hijuela de adquisición, hecha al señor Joaquín Campuzano en la sucesión de dicha señora Clemencia Lozano, y a que se refiere el hecho 5° de esta demanda.

"11. Que Clemencia Lozano adquirió por compra hecha al señor Pedro Lasso Zorrilla, la finca demandada, bajo la siguiente determinación:

'Una casa de tapia y teja, alta, con su solar accesorio y dentro de él una casita de paja y teja, situada en el barrio de Las Nieves de esta ciudad, en Los Tres Puentes, según la escritura de fecha diez y seis de mayo de mil ochocientos cuarenta y ocho, pasada ante el Escribano Público del número, Cayetano Leiva.'

"12. Que Pedro Lasso Zorrilla adquirió, por compra hecha al señor Manuel Laverde, según escritura de fecha cuatro de abril de mil ochocientos cuarenta y tres, ante el Escribano Cayo Angel, la misma finca demandada, bajo la siguiente denominación:

'Una casa alta y baja y su solar accesorio, en el que se halla una casita de teja y paja, situada en Los Tres Puentes, y por los linderos constantes de las escrituras primordiales.'

"13. Que el solar demandado, como queda determinado en el punto primero, es el mismo a que se refieren los demás hechos, y que las diferencias que se notan en las varias determinaciones, proceden de los cambios de nombres y numeración de las carreras y calles de las varias (sic) de los dueños en los predios colindantes, de equivocaciones involuntarias al hacer la determinación, o de otras causas semejantes; y

"14. Que el demandado doctor Manuel Felipe Perera, después de extraños procedimientos fraguados con otras personas, llegó hasta conseguir la posesión precaria de la finca.

"Estimo el interés de esta demanda en más de quince mil pesos oro."

El demandado no dió formal contestación a la demanda, pues se limitó a proponer algunas excepciones dilatorias, que le fueron falladas desfavorablemente.

El Juzgado, en sentencia de veinticinco de abril de mil novecientos veinticinco, absolvió al demandado de los cargos de la demanda. Apeló el actor de esa sentencia, y el Tribunal Superior de Bogotá, que conoció del recurso, la confirmó por medio de la suya, de cinco de septiembre de mil novecientos veintiocho.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso el demandante recurso de casación, que le fue concedido por el Tribunal; y llegado el momento de decidirlo, observa la Corte que él ha sido interpuesto oportunamente y por persona hábil, y que la sentencia es de aquellas contra las cuales la ley lo concede. Ahora, en cuanto a la demanda de casación, cabe observar que si bien no se halla ajustada a los mandatos del artículo 9° de la Ley 90 de 1920, en el escrito por el cual se interpuso el recurso ante el Tribunal, el recurrente alegó las causales de casación que señalan los numerales 1° y 2° del artículo 2° de la Ley 169 de 1896, y en el alegato ante la Corte hay un párrafo en que se acusa la sentencia recurrida, de ser violatoria de los artículos 762 y 765 del Código Civil, y se hace un breve razonamiento con el propósito de demostrar esa violación, razón por la cual la Corte admite el recurso, y procede al examen del cargo.

Al comienzo de su alegato dice el recurrente:

"Paso a exponer las razones que a mi juicio fundan el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que desató la litis en la segunda instancia, los motivos en que se apoyan las causales, las disposiciones legales sustantivas violadas por la expresada sentencia y el aspecto o manera como tuvo lugar esa violación."

Seguidamente hace una relación de veintidós escrituras, referentes a la finca que se trata de reivindicar, y argumenta acerca de ellas en una larga exposición, tal vez muy atendible como alegato de instancia, mas no en una demanda de casación, que en su forma ha de ser precisa y concreta en las causales en que se funda: quien formula una demanda de casación—tiene dicho la Corte—debe ajustarse a las reglas que para el efecto tiene determinadas la ley de manera estricta, porque así lo requiere la naturaleza de este recurso. Nada hay en ese alegato que tienda a justificar la segunda causal de casación alegada ante el Tribunal, y en cuanto a la primera causal, apenas puede apreciarse el párrafo a que arriba se hizo referencia, en el cual dice el recurrente:

"En síntesis: el demandante en este juicio representa el derecho de dominio de Clemencia Lozano sobre el solar objeto del litigio. La sentencia materia del recurso, al sostener que, en virtud de la transacción de diez y siete de marzo de mil ochocientos setenta y seis, y del remate del diez y siete de octubre del mismo año, 'Tomás Campuzano se desprendió de la propiedad exclusiva de esa finca para hacerla ingresar en una comunidad, de la cual salió, mediante un remate que ningún derecho ha conferido al actor,' viola las disposiciones de los artículos 762 y 765 del Código Civil, desde que se admite que, no siendo el tradente verdadero dueño de la cosa entregada, pueden adquirirse por medio de la tradición otros derechos distintos de los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa, y que las transacciones, asimiladas a sentencias judiciales, pueden producir efectos de que las priva expresamente la última de las disposiciones citadas."

Para rechazar este cargo, conviene reproducir los argumentos del Tribunal a que se hace referencia, que son de este tenor:

"Ciertamente es también que el demandante representa el derecho de doña Clemencia en el solar, o sea el dominio, puesto que Ezequiel Quijano, antecesor de Cuéllar Durán y de Enrique Soto, derivaba su derecho de Joaquín Campuzano, adjudicatario del derecho real que doña Clemencia tenía en el lote o solar mencionado; pero no es menos cierto que al adjudicarse a Joaquín Campuzano, en mil ochocientos noventa y uno, aquel derecho, hacía quince años que éste había salido del patrimonio de doña Clemencia para ingresar en el de una comunidad formada por José C. Romero, Mercedes Benito y Tomás Campuzano, como representante este último de la sucesión de su causante Clemencia Lozano.

"Es patente, en efecto, que habiendo transigido Romero, Benito y Campuzano las pretensiones opuestas que ellos tenían sobre la propiedad del solar situado en la intersección de la calle veintitrés con la carrera novena, pretensiones que surgieron porque Campuzano sostenía que el solar era de doña Clemencia, en tanto que sus cocontratantes Romero y Benito estimaban que era de ellos, como sucesores a título particular de José María Hurtado, cónyuge supérstite de doña Clemencia, el pacto de ellos en mil ochocientos setenta y seis, equi-

valía, lo mismo que hoy, a una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, puesto que el artículo 2562 del Código Civil de Cundinamarca establecía que la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia.

"Aquella transacción vale tanto como un fallo judicial en que se declarara que el solar disputado no es ni de la sucesión de Clemencia Lozano ni de don José C. Romero, ni de la señora Mercedes Benito, sino de la comunidad formada por los tres.

"Consumada la transacción, quedó convertido el derecho de dominio que pudiera tener de modo exclusivo la sucesión de doña Clemencia sobre el solar, en un derecho de copropiedad con los comuneros Romero y Benito. Ahora bien: se vio ya que de esa comunidad salió el solar mediante subasta voluntaria pedida por los comuneros, en la cual fue rematador Tomás Campuzano, no ya obrando como heredero de doña Clemencia, según lo había hecho al pactar la transacción, sino personalmente. Pasó, pues, el derecho de dominio de la comunidad a Tomás Campuzano, y desde el momento del remate desaparece en estos autos la historia del solar, porque ni Tomás Campuzano le vendió el solar, sino la casa, a Mercedes Benito, ni persona alguna se ha presentado como sucesora de Tomás Campuzano a título universal y singular en esta litis con el propósito de demostrar dominio sobre la finca disputada.

"Al presentarse, en consecuencia, Ezequiel Quijano, hoy su cesionario Enrique Soto, proclamándose dueños del solar como sucesores de doña Clemencia, pierde de vista que el representante de esta señora, obrando como tal, o sea como heredero, convino en sacar del patrimonio de su causante la finca cuestionada para incorporarla en una comunidad, de la cual salió por un remate, que constituye el punto final de la serie de traslaciones de la heredad.

"Si los demandantes exhibieran como título de dominio la propiedad de los derechos herenciales en la sucesión de Tomás Campuzano, derecho sustancialmente distinto de los que Campuzano tenía como heredero de doña Clemencia, entonces la Sala sentenciadora estaría en el deber de continuar la historia del solar, para ver si el representante de los derechos herenciales de Tomás Campuzano, en cuya sucesión probablemente quedó radicado el derecho de dominio del solar, es o no el demandante; mas como Ezequiel Quijano no se presentó al juicio como heredero de Tomás Campuzano sino como representante de los derechos que éste tenía en la mortuoria de doña Clemencia, al Tribunal le basta decir, para desechar la acción, que el actor, en vez de demostrar que la sucesión de Clemencia es dueña del predio sobre que versa su demanda, lo que hizo fue acreditar plenamente que la sucesión de Clemencia Lozano se desprendió, por medio de su heredero Tomás Campuzano, de la propiedad exclusiva de la finca, para hacerla ingresar en una comunidad de bienes, de la cual salió, mediante un remate que ningún derecho ha conferido al actor."

No señala el recurrente cuáles son los conceptos del Tribunal que, a su juicio, pugnan con los principios que consagran las disposiciones legales que él estima violadas, y de lo que se deja transcrito claramente se desprende que es totalmente infundada la afirmación que hace el recurrente, como fundamento de su cargo, de que el Tribunal "admite que no siendo el tradente verdadero dueño de la cosa entregada, pueden adquirirse por

medio de la tradición otros derechos distintos de los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa, y que las transacciones, asimiladas a sentencias judiciales, pueden producir los efectos de que las priva expresamente la última de las disposiciones citadas." (Artículo 765 del Código Civil).

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, declara: no hay lugar a casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el cinco de septiembre de mil novecientos veintiocho.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—José Joaquín Hernández—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo treinta de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Evangelista Medina, a título de heredero de Gregoria Medina, entabló ante el Juez 3° del Circuito de Tunja juicio ordinario contra la Comunidad religiosa Dominicana, establecida en la ciudad de Tunja, y representada por su Superior, fray Angel Báez, para que se sentenciase:

1° Que es absolutamente nulo el contrato de compraventa contenido en la escritura número 1007, Notaría 1ª de Tunja, fechada el nueve de diciembre de mil novecientos catorce; nulidad que tiene por causa no ser verdad el contenido de la tercera declaración hecha por la vendedora Gregoria Medina en la citada escritura, y no ser cierto que se estipulara precio, ni que la señorita Medina recibiera dinero alguno de parte de la Comunidad demandada. Y que igualmente se declare que a los herederos de Gregoria Medina no les queda obligación alguna a favor de aquella Comunidad.

2° Subsidiariamente, que se declare la resolución del expresado contrato por falta de pago, con resarcimiento de perjuicios.

3° Costas.

Hechos fundamentales (folios 11 y 12, cuaderno 1°):

1° Por medio de la escritura pública número 529, de fecha tres de diciembre de mil novecientos catorce, otorgada ante el señor Notario 2° principal del Circuito del Centro, los Reverendos Padres fray Enrique Báez y fray N. Pérez, como Superiores, respectivamente, de las Venerables Ordenes de Santo Domingo y San Francisco, establecidas en esta ciudad, vendieron real y legalmente a la señorita Gregoria Medina una casa con su solar y sitio correspondientes, ubicada en el barrio de Las Nieves de esta ciudad, que hubieron las respectivas Comunidades por legado testamentario que a su favor hizo la finada señora Nicomedes Santos de Arias; los linderos de la casa son: por el Oriente, calle pública de por medio, con casa del doctor Bonifacio Torres; por el Occidente, con herederos de Carlos Castro; por el Sur, calle pública de por medio, con casa de habitación de herederos de Juan Jiménez, y por el Norte, con casa de herederos de Próspero Galán. El precio de esta venta fue de ochenta mil pesos papel moneda (\$ 80,000), suma que

realmente recibieron los vendedores de manos de la compradora, y ésta entró inmediatamente en posesión de la casa.

2° El nueve de diciembre de mil novecientos catorce, es decir, seis días después de perfeccionado el contrato narrado en el hecho anterior, se presentaron ante el señor Notario 1° principal de este Circuito, la señorita Gregoria Medina y el Reverendo Padre fray Enrique Báez, Superior en esa época de la Comunidad Dominicana, establecida en esta ciudad, y por medio de la escritura número 1007 hicieron constar la celebración de un contrato de compraventa, cuya materia fue la misma casa comprada por la señorita Gregoria Medina por medio de la escritura número 529, citada en el hecho anterior.

3° En el contrato de compraventa, que consta en la escritura número 1007, otorgada ante el Notario 1° principal de este Circuito, el día nueve de diciembre de mil novecientos catorce, consta que fray Enrique Báez contrataba en su carácter de Superior de la Comunidad Dominicana establecida en esta ciudad, y que en consecuencia adquiriría la casa para el Convento de Dominicanos.

4° En la mencionada escritura número 1007 aparece que la vendedora hizo la siguiente declaración:

"Tercero. Que se la vende con todas sus anexidades, usos, costumbres y servidumbres, la vende por la suma de ochenta mil pesos papel moneda (\$ 80,000), la cual declara haber recibido del comprador, en moneda a su satisfacción."

5° No es verdad que la señorita Gregoria Medina recibiera dinero alguno como pago del precio de la casa que vendió a la Venerable Comunidad Dominicana por medio de la escritura número 1007, de fecha nueve de diciembre de mil novecientos catorce, otorgada ante el señor Notario 1° de este Circuito.

6° Ni antes del contrato, ni al perfeccionarlo, ni después, recibió la señorita Gregoria Medina dinero ni valor alguno de manos de fray Enrique Báez, ni de ningún otro Reverendo Padre Superior del Convento de Dominicanos, que pudiera imputarse al precio de la casa.

7° Cuando dijo la señorita Gregoria Medina en la citada escritura número 1007, que había recibido el precio de la casa de manos del comprador, en moneda a su satisfacción, no dijo la verdad, porque fray Enrique Báez no le dio dinero, y el contrato de compraventa fue simulado.

8° Todos estos hechos fueron reconocidos, uno en su totalidad y otros en parte, por el Reverendo Padre fray Enrique Báez, al absolver posiciones ante el señor Juez 3° del Circuito, el siete de julio del presente año, a petición de la señorita Gregoria Medina.

9° El Reverendo Padre fray Enrique Báez y otros Reverendos Padres, en su carácter de Superiores del Convento de Dominicanos de esta ciudad, no desconocen del todo la razón que asiste para reclamar el derecho que resulta de no haberse pagado el precio de la casa.

La parte demandada contradijo las acciones. Respecto de los hechos es importante la respuesta que se relaciona con los marcados 5°, 6° y 8°, según los cuales afirma el demandado que "en la celebración del contrato si se estipuló el precio por el cual la casa era vendida; que la vendedora recibió casi en su totalidad de manos de la Comunidad compradora; pues solamente dejó de recibir de este precio la suma de cien pesos (\$ 100), suma

ésta que voluntariamente, y a la orden, dejó la citada vendedora en poder de la Comunidad compradora."

Fueron propuestas, asimismo, las siguientes excepciones perentorias: carencia de derecho en el demandante para ejercitar las acciones antedichas; petición antes de tiempo y de modo indebido; falta de adjudicación de la casa materia del contrato, cuya nulidad y resolución se pide, en la persona del demandante, como heredero de Gregoria Medina, y representante, además, de los demás herederos; extralimitación del apoderado del demandante del poder que le fue conferido especialmente para entablar este juicio, pues tan sólo se autorizó para entablar la acción de resolución del contrato, mas no para ejercitar la de nulidad.

La Comunidad demandada entabló, a su vez, contra el actor, contrademanda, que contiene estas acciones:

1° Que la Comunidad es dueña exclusiva de una casa de tapia y teja, con su sitio y solar adyacente, ubicada en el barrio de Las Nieves de la ciudad de Tunja, por los linderos que en el libelo se expresan.

2° Que Evangelista Medina, en su triple carácter de heredero de Gregoria Medina, subrogatario de los demás herederos y poseedor actual del inmueble, está en la obligación de restituir a la Comunidad la casa y sus anexidades.

3° Que el contrademandado, en los caracteres dichos, es poseedor de mala fe de la finca dicha, y como tal está obligado a hacer las restituciones que son consiguientes.

Los hechos en que se basa son (folios 1 y 2, cuaderno 2°):

a) Por medio de la escritura pública número 1007, de fecha nueve de diciembre de mil novecientos catorce, otorgada ante el señor Notario 1° principal del Circuito del Centro, la Comunidad Dominicana establecida en esta ciudad, representada por su Superior, el Reverendo Padre fray Enrique Báez adquirió por compra que hizo a la señorita Gregoria Medina, el dominio de una casa de rafa y teja, con su sitio y solar adyacente, ubicada en el barrio de Las Nieves de esta ciudad, o sea la misma que se demarca en la parte petitoria de esta demanda.

b) En la citada escritura número 1007, la vendedora, señorita Gregoria Medina, se reservó los usufructos de la casa por los días de su vida, y por este motivo continuó usufructuándola hasta el día de su muerte, acaecida en esta ciudad el diez y siete de julio de mil novecientos veintiséis.

c) De acuerdo con la anterior estipulación, con la muerte de la vendedora señorita Gregoria Medina, acaecida el diez y siete de julio de mil novecientos veintiséis, terminó el usufructo y se consolidó con la nuda propiedad, y desde entonces la Comunidad Dominicana—o sea el Convento de Dominicanos de esta ciudad—como propietaria plena y absoluta por la terminación del usufructo, tenía pleno derecho a tomar posesión material de la casa, y los herederos de la vendedora, señorita Medina, tenían la obligación legal de entregarla a la Comunidad compradora.

d) Muerta la señorita Gregoria Medina, su hermano, el doctor Evangelista Medina, en su condición de heredero de la citada señorita y a nombre de los demás herederos, no permitió que la Comunidad Dominicana tomara posesión material de la casa comprada, se resistió a entregársela, la ocupó de hecho y luego la arrendó por su cuenta; actitud que ha sostenido y sostiene de manera insistente, sin que exista causa que justifique su procedimiento.

e) Este procedimiento arbitrario del doctor Medina lo coloca en la condición de poseedor de mala fe de la casa en referencia, y lo hace responsable a pagar a la Comunidad que represento los frutos naturales y civiles de este inmueble, al tenor del punto 3° de la parte petitoria de esta demanda; y

f) Tanto el doctor Evangelista Medina como sus dos hermanos Juan Antonio y Bernabé Medina fueron ya declarados herederos de la vendedora señorita Gregoria Medina, y el primero, o sea Evangelista, declarado también subrogado en los derechos que a los dos últimos corresponden o pueden corresponder en la sucesión de su difunta hermana.

El Juez falló así:

"Primero. Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado, en memorial de cinco de octubre de mil novecientos veintisiete.

"Segundo. No hay lugar a decretar la nulidad del contrato de compraventa que consta en la escritura número 1007, de nueve de diciembre de mil novecientos catorce, celebrado entre la señorita Gregoria Medina y el Reverendo Padre fray Enrique Báez, en su calidad este último de Superior de la Comunidad Dominicana establecida en esta ciudad.

"Tercero. Declárase resuelto, por falta de pago, el contrato de compraventa a que se ha hecho mención en el punto anterior, celebrado entre la señorita Gregoria Medina y el entonces Superior de los Dominicanos, Reverendo Padre fray Enrique Báez, el nueve de diciembre de mil novecientos catorce. En consecuencia:

"a) Ordénase la cancelación de la inscripción de la escritura número 1007, de nueve de diciembre de mil novecientos catorce, para lo cual se librará el correspondiente despacho al Registrador de instrumentos públicos de este Circuito, una vez que esté ejecutoriada esta sentencia.

"b) El vendedor devolverá al comprador la parte del precio que éste pruebe en juicio distinto haber entregado a aquél."

El demandado apeló. El Tribunal Superior de Tunja, en sentencia de fecha veintidós de noviembre de mil novecientos veintinueve, confirmó la de primera instancia, "con la adición de que se absuelve al doctor Evangelista Medina F. de los cargos formulados contra él en la contrademanda."

La misma parte interpuso casación, recurso que es admisible. El recurso se fundó en el Tribunal y en la Corte. Como los cargos y motivos de la última demanda de casación comprenden los de la primera, la Corte sólo considerará el recurso fundado últimamente, el cual versa sobre la primera causal.

Primer cargo. Error de hecho evidente en la apreciación del poder conferido por el actor para instaurar el presente juicio y de la demanda respectiva, error que ocasionó la violación del artículo 321 del Código Judicial.

Se refiere el cargo al fallo del Tribunal por el cual se desechó la excepción propuesta por el demandado, consistente en falta de acción del demandante, porque éste ejerció para sí acciones que sólo competen a la herencia ilíquida de Gregoria Medina.

La excepción se apoyó en el poder conferido por el actor para intentar el juicio, cuyos términos, arguye el recurrente, son claros respecto de la circunstancia de

que fue otorgado con el fin de que "en nombre y representación del otorgante intentase el litigio."

Y lo propio sucede en la demanda misma, la cual fue intentada, según lo expresa el libelo, "en ejercicio del poder" expresado y no en nombre de la sucesión, como era preciso hacerlo, según el precepto del artículo 265 del Código Judicial, que ordena en este caso que el demandante manifieste, en términos expresos, que obra a nombre de otro. Si los documentos antedichos daban lugar a duda, ésta ha debido resolverse a favor del demandado, quien opuso la excepción.

Se considera:

La sentencia del Tribunal, sin entrar al fondo de la cuestión, se limita a hacer alusión a lo fallado por el Juez, sin expresar que acoge su tesis; pero estima que el actor, heredero reconocido de la señorita Medina, tiene las acciones que ha intentado, "sin que se encuentre un verdadero interés en definir esta cuestión (si el demandante pidió para sí o para la herencia), porque si se fija bien la intención en la forma y naturaleza de la demanda, se advertirá que allí no se dijo a quién debían aprovechar las consecuencias de las declaraciones solicitadas. Las acciones fueron meramente petitorias. No se encuentra en el cuerpo de la demanda ningún elemento preciso que demuestre que el estado de cosas que se siguiera a la rescisión o resolución demandada redundara en provecho exclusivo del demandante." Este es el fundamento del fallo relativo a la excepción mencionada.

El recurrente, en vez de tomar este concepto como tesis de su recurso, se da a la labor inútil de acusar los fundamentos de la sentencia del Juez, que, como se deja dicho, el Tribunal no acogió como suyos, sino que la confirmó por la razón fundamental que se deja copiada.

Además, la Corte ha establecido la doctrina constante y uniforme de que los Tribunales son soberanos en la apreciación de la demanda, salvo el caso de que hayan incurrido en error evidente.

"Tratándose de interpretar una demanda que no es clara, debe el juzgador atenerse más a la intención de las partes que a lo literal de las palabras, como sucede con los actos y contratos civiles." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo I, número 2023).

"En la interpretación de la demanda, el Tribunal tiene todo el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo. Debe relacionar el pasaje oscuro con el resto de la demanda, para deducir claramente lo que quiso decir el demandante." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo III, número 2100).

"La interpretación de una demanda es cuestión de hecho, de la privativa competencia del Tribunal. En la necesidad de poner término a una controversia, el juzgador, cuando halla ambigüedad en la demanda, tiene que fijar su sentido para dictar el fallo correspondiente, y la apreciación que haga no puede atacarse en casación sino cuando en ella haya incurrido en error de hecho manifiesto y éste se haya alegado por el recurrente." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo III, número 2104).

Como la Corte estima que el Tribunal sentenciador no incurrió en error evidente al apreciar la demanda, el cargo resulta infundado.

Segundo cargo: violación directa de los artículos 1013, 757, 1321, 1325 del Código Civil, por aplicación indebida al caso del pleito; y también del artículo 765 ibídem. Se refiere el cargo a la declaración que hace la sentencia de que "la acción resolutoria por falta de pago le asiste

al heredero del vendedor, y como el actor está declarado tal, está llamado a suceder a su causante en sus derechos y obligaciones transmisibles, solo o en concurrencia con otros herederos (artículo 1155 del Código Civil)."

Este cargo lo desarrolla el recurrente, no para combatir la doctrina sustantiva del Tribunal, sino en el sentido de que "no basta que una acción exista y se halle comprobada para que el juzgador deba reconocerla, sino que es menester, además, que dicha acción haya sido deducida con arreglo a la ley." Y sobre este último concepto torna a formular el primer cargo, que se deja ya confutado.

Tercer cargo. Error de derecho por indebida aplicación del artículo 1585 del Código Civil, y violación directa de los artículos 1556 y 1583, numeral 6°, del mismo Código.

El cargo versa sobre la parte de la sentencia que contiene esta declaración:

"La resolución de un contrato es algo indivisible intelectualmente, porque no se concibe que parte del contrato subsista y parte nó, y en esas circunstancias la obligación de someterse a la condición resolutoria tácita por parte del comprador que ha dejado de pagar el precio en la forma convenida, debe ser igualmente indivisible, lo que da al heredero derecho de hacer valer la sobredicha acción resolutoria, como lo prevé el segundo término del artículo 1585 del Código Civil, aunque no obre en concurso con los demás herederos."

El Tribunal, argumenta el recurrente, para otorgar al actor el derecho a la acción resolutoria, situó erradamente la cuestión desde el punto de vista de la indivisibilidad de la obligación, y como consecuencia aplicó, también erradamente, al caso que se estudia, la doctrina del artículo 1585 del Código Civil desde luego que no tuvo en cuenta que, precisamente, aquí se trata de la efectividad alternativa tácita que adquiere dicho comprador, constituido en mora de pagar el precio, según el artículo 1930, y que para hacer efectiva esta obligación alternativa, los herederos del acreedor, de conformidad con el numeral 6° del artículo 1583, deben obrar todos de consuno, y que si así no lo hacen, la acción aislada de uno solo de ellos es necesariamente ineficaz y baldía.

Se considera:

La Corte mantiene la doctrina establecida, según la cual, "el comprador sólo debe el precio; si no paga, y subsiste la acción de cobro, el vendedor puede optar por la resolución del contrato. Es un derecho optativo del vendedor, no una obligación alternativa del comprador. Prescrita la acción de cobro, no procede la resolución." (Jurisprudencia de la Corte, tomo III, número 732).

Con anterioridad a la sentencia citada, dijo la Corte:

"Muerto el causante de una sucesión, las acciones que él tuviera competen a los herederos; pero no puede sostenerse que para ejercitar tales acciones deban éstos proceder en todo caso conjuntamente y de común acuerdo. Si tal cosa se exigiese quedarían nugatorias en la mayor parte de los casos las acciones de la sucesión, pues bastaría que uno solo de aquellos careciese de interés en la acción o tuviera un interés contrario a ella, para que fuese imposible el ejercicio de la misma." (Jurisprudencia de la Corte, tomo II, número 1069).

Como la resolución es una acción indivisible, el Tribunal aplicó acertadamente el artículo 1585 del Código

Civil, y cueradamente se abstuvo de aplicar los artículos 1556 y 1584.

Cuarto cargo:

"El Tribunal sentenciador violó—dice el recurrente— por falsa interpretación, los artículos 756, 1880, 1882 y 1884 del Código Civil, y violó directamente el artículo 1609 de dicho Código, porque para llegar a decretar la resolución del contrato sostiene, en la sentencia recurrida, que la obligación de entregar impuesta al vendedor, por el artículo 1880, queda ejecutada, tratándose de bienes inmuebles, con la sola inscripción regular de la escritura de compraventa en la oficina de Registro, y desconoció que la obligación de entregar la cosa vendida debe tener en su cumplimiento dos efectos necesarios, de conformidad con la frecuente y constante doctrina de esa honorable Corte: transmitir la propiedad al comprador, esto es, conferir el derecho de tener la cosa a título de dueño, *rem licere habere*, y transferir la libre posesión, no solamente civil sino física, exenta de todo obstáculo, tanto de parte del vendedor como de terceros, *vacuam possessionem*."

El recurrente apoya la violación de las disposiciones citadas, en el siguiente aparte de la sentencia del Tribunal:

"La mora del comprador resulta de la misma confesión desvirtuante de la declaración de la escritura, en cuanto en ésta se dice que se pagó el precio, pues si no fue así, y el contrato no establece plazos para el efecto, hay que dar por sentado que ese pago debía hacerse en el lugar y al tiempo de la entrega de la casa comprada, según lo estatuido en el inciso 1° del artículo 1929 del Código Civil. Mas como esa entrega, en tratándose de la compraventa de bienes raíces se consuma con la inscripción del título en la oficina correspondiente (artículo 756 *ibidem*), síguese que el pago total ha debido verificarse el diez de diciembre de mil novecientos catorce, en que tuvo lugar tal inscripción, o sea el día siguiente al de la fecha de la escritura que da fe de la compraventa. No se hizo así, luego la mora es patente, y por ende, la existencia de la acción resolutoria."

En Derecho Romano la venta no transmite la propiedad, es simplemente una de las causas o títulos de la tradición, que consiste en la entrega material de una cosa con intención de transferir la propiedad a una persona que tiene el ánimo de adquirirla. Es, en una palabra, la entrega de la posesión, con los dos elementos que la componen, *corpus* y *animus*. Aquél es el elemento material, éste el inmaterial. La venta, por tanto, sólo genera obligaciones personales; el comprador adquiere, no derecho sobre la cosa, sino derecho a que ésta se le entregue. La propiedad de ella queda en el patrimonio del vendedor, mientras éste cumple con la obligación de entregarla materialmente al comprador, requisito indispensable para que se opere la mutación del derecho de propiedad.

Pero en Derecho Romano no siempre era necesaria la entrega material para transferir el dominio y la posesión. La *mancipación*, modo de adquirir la propiedad por venta, otorgaba a los ciudadanos romanos el derecho de transmitir la propiedad por medio del peso y la balanza. Exigióse en un principio la presencia de la cosa; mas luego se eliminó esta condición en las ventas de bienes raíces. Por manera que la *mancipación* transmitía por sí la propiedad raíz, sin que fuese menester la

entrega material de la cosa, no obstante de que fuera una obligación adscrita al vendedor.

Los romanos reconocieron en la **mancipación**, que la entrega material no era esencial para la adquisición del dominio y de la posesión de bienes raíces. Es que el patrimonio de cada persona—en el campo de la ciencia moderna—está formado, no de cosas, sino de derechos sobre las cosas y de derechos a las cosas, derechos que en su esencia son inmateriales. Y es que si el derecho es el vínculo jurídico que une al sujeto del derecho con el objeto, es preciso no desvirtuar su naturaleza, ideológica en un todo, encadenándolo a un hecho físico, el cual es la entrega material. Y es que físicamente es imposible hacer una entrega completa de un bien raíz, como que no es dable entregar molécula por molécula; la entrega simbólica se impone, como lo reconocen eminentes filósofos del derecho. Y es que no hay razón ni conveniencia para tornar los elementos naturales de la venta en esenciales.

Empapado el legislador francés en las ideas expresadas reconoció en el Código Civil, fuente mediata del nuestro, los contratos como medio directo de adquirir la propiedad, ora sea de bienes muebles, ora de bienes raíces. Entre los modos de adquirir el dominio no figura la tradición, no obstante de ser la entrega una de las obligaciones que le impone al vendedor. Adoptó así un sistema uniforme armónico con la razón y con la conveniencia: el derecho de propiedad es inmaterial, luego ha de transmitirse de un patrimonio a otro con el concurso de voluntades de los contratantes, siempre que sean capaces y obren dentro de la ley. Transmitido el dominio por una convención, no hay motivo plausible para dejar la propiedad en el patrimonio del vendedor, sujeta la transmisión a un nuevo acto de voluntad y a la entrega material de la cosa.

El Código Civil de Chile, lo mismo que el de Colombia, adoptaron un sistema mixto: la tradición de los bienes muebles no se efectúa sino mediante la entrega de la cosa; la de los bienes raíces, se realiza simbólicamente por medio del registro de la escritura respectiva. La mutación del dominio y de la posesión de los muebles requiere entrega del bien, y la de los inmuebles ha menester del registro. La tradición de los muebles exige, pues, **animus y corpus**; aquél lo constituye la voluntad del dueño de transmitir la propiedad a una persona que quiere adquirirla, y éste, la entrega de la cosa a que se refiere el concurso de voluntades del tradente y del adquirente. La tradición de los inmuebles, en el sistema de nuestra legislación, necesita **animus y registro**, esto es, concurso de voluntad de los contratantes e inscripción de la escritura. La tradición de los muebles difiere, por tanto, esencialmente de la de los inmuebles.

Para facilitar la transferencia de la propiedad raíz, para darle firmeza y para hacerla pública, el legislador chileno estableció la inscripción para la transmisión de inmuebles y para las limitaciones y gravámenes que se constituyan sobre ellos. La tradición del dominio de bienes raíces, lo mismo que la de los derechos constituidos sobre ellos, se efectúa por el registro del título, que transmite al propio tiempo propiedad y posesión. La oficina de Registro indica en un momento cualquiera el propietario y poseedor de un inmueble, así como las limitaciones y gravámenes que se le hayan impuesto, sin que sea preciso para ello inquirir quién es el ocupante. Hecha y registrada la escritura de venta, el comprador adquiere el dominio y posesión de la cosa comprada; la

entrega material, bien que es una de las obligaciones del vendedor, no es de la esencia de la tradición.

La Corte ha establecido la doctrina uniforme desde hace mucho tiempo, y según consta en un número crecido de sentencias, de que la tradición del dominio de bienes raíces no ha menester de la entrega material, ya que se efectúa simbólicamente por inscripción del título en la oficina de Registro de instrumentos públicos.

Es claro en su letra y en su espíritu el artículo 756 del Código Civil, que dice así:

“Se efectúa la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de Registro de instrumentos públicos. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, constituidos en bienes raíces y de los de habitación o hipoteca.”

En armonía con los dos apartes anteriores, el dominio se transmite del patrimonio del vendedor al del comprador con el registro de la escritura. La entrega material del bien raíz no es de la esencia de la compraventa, pero sí es una obligación del vendedor como consecuencia de la transmisión del derecho de dominio.

Sostiene el recurrente que la vendedora y sus herederos no entregaron materialmente la casa, y que, en consecuencia, es improcedente la acción resolutoria.

La Corte observa que, como la Comunidad compradora aceptó la estipulación pactada con la vendedora, de que se reservaba el usufructo de la casa vendida, natural es que la vendedora quedó relevada de la obligación de hacer entrega material de la casa sobre la cual se había reservado el usufructo; pues si se hiciera esa entrega a la Comunidad, la vendedora no podría usufructuarla, contrariando así una cláusula del contrato expresamente consentida por la Comunidad. Esta, al aceptar la reserva hecha por la vendedora del usufructo de la casa, la exoneró de la obligación de hacer la entrega, precisamente para que se pudiera ejecutar la cláusula de la reserva. Ahora: los herederos de la vendedora no están en mora de cumplir con la obligación de entregar, primero, porque demandaron la nulidad o la resolución, en subsidio, de ese contrato, y segundo, porque la obligación de pagar el precio tenía de cumplirse durante la vida de la vendedora, de suerte que el comprador incurrió en mora antes de que llegara la oportunidad por parte de la vendedora de cumplir sus obligaciones.

En conclusión: el cargo es jurídicamente inaceptable.

Quinto cargo:

“Error evidente de hecho cometido por el Tribunal sentenciador en la apreciación de las pruebas relativas a la entrega de la casa; pruebas éstas que, como lo hemos visto, constatan plenamente que ni la vendedora ni sus herederos han cumplido con esta obligación legal, y violación directa, al apreciar dicha prueba, de los artículos 681, 555, 575 y 576 del Código Judicial, y aplicación errónea del artículo 1873 del Código Civil al caso del pleito.”

Apoya el recurrente este motivo de casación en el siguiente aparte de la sentencia recurrida:

“Cabe aquí hacer notar que la cláusula 5ª de la escritura habla de la entrega inmediata de la casa al comprador, y que al cerrar aquel instrumento se encuentra esta declaración:

“En este estado se hace notar (?) que la vendedora se reserva los usufructos de la casa por los días de su vida,

y, por tanto, queda sin efecto la cláusula 5ª de esta escritura.”

Se considera:

Este motivo se estudió ampliamente en el cuarto cargo, y es, por consiguiente, infundado.

Cargo sexto:

“El mismo Tribunal—dice el recurrente—cometió error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba levantada por el actor para desvirtuar la fuerza probatoria que el artículo 1934 del Código Civil da a la escritura de venta, que expresa haberse pagado el precio, y violó directamente los artículos 260, 555, 556 y 567 del Código Judicial, porque la declaración del Reverendo Padre Enrique Báez, tomada como confesión judicial, hecha por la parte demandada y el Padre Báez, no es tal parte, ni la ha representado en el juicio.”

Adelante afirma el recurrente que el Padre Báez no era representante de la Comunidad Dominicana cuando absolvió las posiciones.

Se considera:

El Tribunal llegó a la conclusión de que no fue pagado todo el precio de venta, fundado primeramente en el siguiente pasaje, tomado de la contestación de la demanda:

“Porque en la celebración del contrato sí se estipuló el precio por el cual la cosa era vendida, precio éste que la vendedora recibió casi en su totalidad de manos de la Comunidad compradora, pues solamente dejó de recibir de este precio la suma de cien pesos (\$ 100) oro, o sea en la época en que se celebró el contrato, la de diez mil pesos papel moneda (\$ 10,000), suma ésta que voluntariamente, y a la orden, dejó la citada vendedora en poder de la Comunidad compradora.”

Con el pasaje copiado está de acuerdo el siguiente aparte, tomado de la contrademanda:

“Para los efectos del inciso 3º del artículo 1882 del citado Código, manifiesto a usted que la Comunidad Dominicana, a quien represento, está pronta a pagar a los herederos de la señora Gregoria Medina la suma de cien pesos (\$ 100) moneda legal, o sea la de diez mil pesos (\$ 10,000) papel moneda, resto del precio de la casa, que la vendedora dejó, a la orden, en poder de la Comunidad.”

La confesión judicial que consta en los dos pasajes preinsertos, constituye plena prueba de que la Comunidad compradora no pagó totalmente el precio de la venta, en armonía con lo dispuesto por el artículo 556 del Código Judicial.

Antes de establecerse el juicio, el Padre Enrique Báez fue interrogado en posiciones, a solicitud de la señorita Medina. La quinta de las preguntas está formulada así:

“5ª ¿Es cierto que ni usted ni la Comunidad que representaba, le dieron o le han dado a la señorita Gregoria ni un centavo en pago o parte del pago del precio de la casa, estipulado en la escritura de que se ha hecho mención?”

El absolvente la contestó así:

“No es cierto, y explico: la señorita Medina ha recibido de la Comunidad Dominicana parte del valor de la casa, y la Comunidad declara deberle a la mencionada señorita el resto, y aun si fuere del caso los intereses legales, tiene la mejor buena voluntad en reconocérselos.

Pero en cambio pide, en justicia, que la señorita Gregoria Medina le reconozca los arrendamientos de ese inmueble en once años que tiene de usufructuarlo, que a razón de un canon de arrendamiento de veinticinco pesos mensuales, alcanza en los once años a tres mil seiscientos pesos (\$ 3,600) moneda legal.”

Como el Padre Enrique Báez no era representante de la Comunidad Dominicana cuando absolvió las posiciones, ni figura como parte en el juicio, la declaración que hizo al absolver la quinta pregunta no comporta una confesión judicial. Pero este no es motivo para casar la sentencia, pues como queda demostrado atrás, la parte demandada confesó en la contestación de la demanda y en la contrademanda, no haber pagado todo el precio de venta.

La declaración del Padre Enrique Báez constituye una gran presunción de ser cierto el no pago de todo el precio, mayormente si se considera que él fue quien compró la casa, en representación de la Comunidad Dominicana. Semejante declaración es, además, un elemento de altísimo valor moral.

El cargo, por tanto, es infundado.

Cargo séptimo:

“El Tribunal sentenciador—dice el recurrente—cometió error evidente de hecho en la apreciación de las declaraciones aducidas en la segunda instancia por la parte demandada, rendidas por los Reverendos Padres Humberto Molano, Raimundo Rincón y Pedro B. Monroy; por las señoritas Eva Jiménez y Mercedes Vargas, y por el doctor Martín María Bermúdez, de las cuales consta que la vendedora señorita Gregoria Medina confesó ante estos testigos que había recibido ya en su totalidad el precio de la venta de la casa, y que de dicho precio había dejado en poder de la Comunidad compradora \$ 100 para atender a los gastos de su última enfermedad y entierro, confesión ésta que tiene el carácter de extrajudicial, y violó directamente los artículos 561, 562 y 563 del Código Judicial, por haber desconocido el valor probatorio que estos artículos dan a dicha confesión, violación que hizo extensiva a los artículos 606 y 607 del propio Código.

“El anterior motivo de casación se relaciona directamente con el siguiente concepto de la sentencia recurrida:

“En la segunda instancia se recibieron las exposiciones de los Reverendos Padres Humberto Molano, Raimundo Rincón y Pedro Monroy; de las señoritas Eva Jiménez y Mercedes Vargas, y del señor Martín María Bermúdez, y todos, a excepción de la señorita Jiménez, declaran que oyeron decir a la señorita Gregoria Medina, o que ésta les dijo a ellos, que había dejado en poder de la Comunidad Dominicana cien pesos para gastos de su última enfermedad y entierro, no sin que añada el testigo Bermúdez que la señorita Medina manifestó que tales cien pesos era lo único que le quedaba de la casa, y la señorita Vargas expresa a su vez que aquella misma señora le significó que el precio de la venta de ese inmueble lo tenía ya recibido.”

“¿Prueban estos testimonios que la Comunidad pagó oportunamente todo el precio, y que el resto a que quiso referirse el Padre Báez al absolver las posiciones, fueron los cien pesos dejados en poder de los Dominicos para determinados objetos?

“El Tribunal estima que nó, por las siguientes razones:

"4º Porque cada uno de los testimonios de que ahora se trata, se refiere a hechos distintos, y, por consiguiente, no hay prueba plena respecto de ninguno de éstos. Como pruebas incompletas, apenas pueden estimarse como indicios, que no alcanzan a ser vehementes para el objeto que se inquiere, porque del hecho de que la señorita Medina dejara cien pesos en poder del Convento para gastos de enfermedad, etc., no se sigue forzosamente que éste le hubiera cubierto a aquélla todo el precio de la casa."

Se considera:

"En materia de pruebas es prerrogativa exclusiva del sentenciador el apreciarlas soberanamente: en ello entra como elemento supremo su propio criterio, digno de especial respeto al aplicar la ley. Sólo en caso de error evidente podrá ser modificado el fallo y revocada aquella apreciación." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo III, número 230). Esta doctrina ha sido uniforme y constante en la Corte, como puede verse en los números 282, 3254 del tomo I, 136 y 141 del tomo II de la **Jurisprudencia de la Corte**.

A juicio de la Corte no existe error evidente en la apreciación hecha por el Tribunal de los testimonios a que se refiere este cargo, el cual resulta infundado.

Cargo octavo:

"Por último—dice el recurrente—acuso la sentencia recurrida porque el sentenciador violó directamente el artículo 559 del Código Judicial, comoquiera que si esa entidad dio a la declaración del Reverendo Padre Báez Enrique el carácter de confesión judicial hecha por la parte demandada, y dedujo de esta declaración que no se había pagado el precio de la casa en su totalidad; y posteriormente la misma parte demandada expresó que dicho precio solamente reposaba en poder de la entidad compradora la suma de cien pesos, la sentencia ha debido dictarse en armonía con esta expresión, es decir, decretada la resolución del contrato se imponía condenar en la sentencia al vendedor a devolver al comprador los setecientos pesos restantes del precio de venta, como lo manda el artículo 1932 del Código Civil en su inciso 2º, disposición ésta que también fue violada por el Tribunal."

Se considera:

El demandante persistentemente ha sostenido en el juicio que la Comunidad Dominicana no ha pagado ni un centavo del precio de venta. Por esta razón pidió la nulidad del contrato, y subsidiariamente, la resolución. La parte demandada afirmó, como se dijo atrás, que había pagado setecientos pesos, quedando a deber cien pesos.

Es menester, por consiguiente, establecer en juicio separado la parte del precio que el comprador pruebe haber entregado al vendedor. El cargo es infundado.

En mérito de 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, decide:

1º No es casable la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Tunja, con fecha veintidós de noviembre de mil novecientos veintinueve.

2º Son de cargo del recurrente las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril dos de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Chiquinquirá, el señor Pablo Santiago Martínez presentó una demanda contra el señor Melquiades García.

Pidió que se hicieran en sentencia definitiva estas declaraciones:

"Primera. Que tengo mejor derecho que el señor Melquiades García al dominio total de una casa y solar, ubicados en la salida de Pauna, jurisdicción de este Municipio y en el área de la ciudad, los cuales se hallan demarcados por los siguientes linderos:

'Por el frente, desde la calle que va para Pauna, sigue hacia abajo por la calle que sube del camellón que va para Bogotá, a topar con solar de la señora Salomé Sierra, hoy de sus herederos o compradores; sigue por el centro (en dirección Norte), lindando con la misma señora Sierra, a dar a un cerezo, lindando de para arriba (en dirección occidental), con solar de José Parra, hoy de sus herederos, hasta topar con casa de Juan Cañón, lindando con la pared de la cocina de Juan Cañón, que está unida con la cocina del mismo Juan Cañón; sigue para arriba (en la misma dirección occidental), por la pared que divide la cocina, a topar con una barda del mismo Juan Cañón, a topar con la casa del mismo señor, hasta salir a la calle, y de ahí, camellón de por medio, hasta dar a la esquina que se puso por primer lindero.'

"Segunda. Que se condene, en consecuencia, al señor Melquiades García a restituirme, dentro del término de seis días de ejecutoriada esta sentencia, la casa y solar de mi propiedad, por los mismos linderos expresados en la anterior declaración, cuyos inmuebles reivindico en mi propio nombre, junto con los frutos civiles percibidos por el demandado, o el usufructo de tales bienes en el tiempo que ha estado en posesión de ellos dicho señor García.

"Tercera. Que los frutos civiles percibidos o el valor del usufructo de tales bienes que me corresponden como dueño de los inmuebles reivindicados, asciende a la cantidad de tres mil pesos moneda corriente, a razón de diez pesos mensuales, desde que el demandado Melquiades García entró en posesión de la casa y solar materia de esta acción de dominio o de reivindicación."

Expuso el demandante estos hechos:

"1º El demandado señor Melquiades García es actual poseedor de los inmuebles materia de esta acción reivindicatoria por los linderos expresados.

"2º Sebastián Cañón estuvo en posesión quieta y pacífica de dicha finca, ejercitando actos de dominio en ella, tales como habitar y arrendar la casa y solar que transfirió a Liboria Cañón Ruiz por acto escriturario.

"3º Liboria Cañón Ruiz estuvo en posesión quieta y pacífica, ejercitando actos de dominio sobre la casa y solar, que hubo por compra hecha a Sebastián Cañón, desde el mes de septiembre de mil ochocientos noventa y tres hasta el diez y nueve de julio de mil ochocientos noventa y cuatro.

"4º Los esposos Alvaro Monroy y Elvira Ruiz de Monroy estuvieron en quieta y pacífica posesión de los mismos inmuebles, ejercitando actos de dominio, tales como

arrendar, habitar la casa y cultivar el solar, sin pedirle consentimiento a nadie, y menos al señor Melquiades García, desde el veinte de julio de mil ochocientos noventa y cuatro hasta el fallecimiento de Monroy.

"5° Muerto el propietario de la finca o inmueble que se reivindica, el señor Alvaro Monroy, la herencia se deferió a sus herederos en el momento de fallecer el citado señor Monroy (artículo 1013 del Código Civil).

"6° En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por ministerio de la ley a los señores Gregorio, Salud, Benita y Tránsito Monroy, herederos del causante señor Alvaro Monroy (artículos 757 y 783 ibídem).

"7° El señor Alvaro Monroy no vendió ni gravó en forma alguna el dominio de la casa y solar que se alinderan en el libelo de la demanda.

"8° El señor Alvaro Monroy falleció el treinta y uno de diciembre de mil novecientos once, y después de su muerte, el demandado García se posesionó maliciosamente de la casa y solar, materia de esta acción, posesión que conserva actualmente, negándose a restituirla a los herederos y subrogatarios de ellos.

"9° Desde la muerte del señor Alvaro Monroy, sus legítimos herederos no han poseído ni podido poseer los inmuebles cuya restitución reclamo.

"10. El demandado Melquiades García carece de título de dominio sobre los expresados inmuebles."

Por conducto de apoderado, García contestó la demanda, en el sentido de rechazar la acción deducida contra él; negó sustancialmente los hechos y alegó las excepciones de prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria y la prescripción de la acción.

Al propio tiempo presentó demanda de reconvencción, encaminada a obtener estos pronunciamientos:

"Primero. Que Melquiades García es dueño del sitio y solar a que se refiere la demanda principal y que tiene mejor derecho que el demandante Pablo Santiago Martínez al dominio de esos inmuebles.

"Tales bienes se hallan ubicados en jurisdicción del Municipio de Chiquinquirá, y están alinderados así:

"Por el frente, el camellón de por medio que va para Pauna, por la pared de los herederos de Juan Cañón, por todo el frente de la calle a dar a la esquina de la misma casa; sigue de para abajo por la calle que baja al camellón que va para Bogotá, calle de por medio, hasta topar con solar del comprador, lindando con la pared de la cocina, volviendo para el centro hasta topar con un mojón de piedra que está al pie de la pared de la cocina ya dicha; sigue lindando con la misma pared y solar de José Parra, hasta topar con el solar de la casa de José Parra; y sigue de para arriba, lindando con el mismo Parra por una barda de palos, a topar con la cocina de los herederos de Juan Cañón, y por ahí baja un caño de la casa de dichos herederos; y sigue derecho arriba, lindando con la pared de la casa que es hoy de Purificación Díaz y su hijo Silvestre Cañón, a salir a la calle del camellón que se puso por primer lindero."

"Segundo. Que Melquiades García construyó o edificó a sus expensas la casa existente en la actualidad en el mencionado sitio y solar alinderados, alta y baja, de adobe y teja, y que, por consiguiente, es dueño de esa edificación.

"Tercero. En subsidio de las primeras declaraciones anteriores, y para el caso bien improbable, por cierto, de que prosperen las injustas pretensiones del demandante Martínez, pido que se declare:

"a) Que Pablo Santiago Martínez, para hacer suyas las edificaciones a que se refiere el punto anterior, está obligado a pagar a Melquiades García o a su representante legal, la suma o cantidad de siete mil pesos moneda legal y corriente (\$ 7,000), en que estimo tales edificaciones, o en su defecto, la suma o cantidad en que sean valoradas o estimadas por medio de peritos.

"b) Que Melquiades García tiene derecho de retener las mencionadas edificaciones, junto con el sitio y solar donde fueron levantadas, hasta tanto no le sea totalmente cubierta o pagada la cantidad o suma de pesos que a su favor se reconozca por razón de este juicio."

Los hechos de la contrademanda son:

"1° Por escritura pública número 53, de nueve de abril de mil novecientos uno, otorgada ante el Notario 2° del Circuito de Chiquinquirá, Alvaro Monroy y su esposa Elvira Ruiz de Monroy, dieron a Melquiades García 'en venta real y enajenación perpetua' todos los derechos que tenían en el inmueble o inmuebles allí alinderados, por compras hechas a Sebastián Cañón y a herederos de éste.

"2° Tales inmuebles, que son los mismos a que se refiere esta demanda de Martínez, los adquirió Alvaro Monroy por compra que hizo, entre otros, a Liboria Cañón Ruiz, descendiente legítimo de Sebastián Cañón, y por ende, heredera de éste.

"3° En la escritura número 49, de primero de abril de mil novecientos uno, contentiva del testamento solemne otorgado por Alvaro Monroy, éste hizo constar que la casa y solar a que se refiere el punto anterior, o mejor dicho, los derechos que en esos inmuebles tenía, los había vendido desde tiempos atrás a mi poderdante García.

"4° Entre los títulos entregados por Alvaro Monroy a Melquiades García, al firmarse la escritura número 53 arriba mencionada, se encuentra la primera copia, tanto de la escritura pública número 330, de diez y seis de septiembre de mil ochocientos noventa y tres, otorgada por Sebastián Cañón a Liboria Cañón, como de la número 209, de diez y nueve de julio de mil ochocientos noventa y cuatro, otorgada por ésta a favor de Alvaro Monroy.

"5° El día diez y seis de diciembre de mil novecientos doce se practicó el primer inventario y avalúo de los bienes quedantes por óbito de Alvaro Monroy, y entonces no se inventarió ni se denunció como de propiedad de la mortuoria los bienes que hoy trata de reivindicar Martínez.

"6° Las casas de bahareque y paja compradas por Alvaro Monroy, a que se ha venido haciendo alusión, las mismas que éste vendió a Melquiades García, y que de manera perfectamente ilusoria le fueron adjudicadas a Pablo Santiago Martínez como cesionario de los herederos de Alvaro Monroy, se destruyeron por el transcurso del tiempo.

"7° En el sitio y solar tantas veces mencionado construyó o edificó Melquiades García, en los años de mil novecientos seis y mil novecientos diez, a su costa, la casa existente en la actualidad, alta y baja, de adobe y teja.

"8° Tal casa ocupa todo el sitio y solar anteriormente determinado por sus linderos.

"9° A la construcción de la casa mencionada no se opuso ninguno de los herederos de Alvaro Monroy, de quien es cesionario el demandante Martínez, seguramente porque en la conciencia de ellos estaba que en tales sitio y solar no tenían derecho alguno.

"10. En la construcción a que se refieren los hechos anteriores, gastó Melquíades García más de siete mil pesos moneda legal y corriente.

"11. Melquíades García ha poseído los inmuebles a que se refiere la demanda, o sea el sitio y solar ya aligerados, tranquila y pacíficamente, sin interrupción alguna, desde hace más de treinta años, ejerciendo en ellos actos a que sólo da derecho el dominio, sin pedirle consentimiento a nadie."

Martínez contradijo la demanda de reconvencción y adicionó y enmendó la suya con más peticiones.

El nueve de agosto de mil novecientos veintiocho, el Juez dictó la sentencia correspondiente. En ella absolvió a García de los cargos de la demanda principal y declaró que éste es dueño del sitio y solar a que se refiere la demanda de reconvencción y que tiene mejor derecho que Martínez al dominio de esos inmuebles.

Apelaron ambas partes, y el Tribunal Superior de Tunja, en sentencia de treinta de julio de mil novecientos veintinueve, falló así la controversia:

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior, en Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, reforma la sentencia apelada, en el sentido de declarar que el señor Melquíades García es dueño de los derechos que compró a los esposos Alvaro Monroy y Elvira Ruiz, en el inmueble demarcado en la parte motiva y conforme a la escritura número cincuenta y tres (53), del nueve de abril de mil novecientos uno, otorgada ante el Notario 2° del Circuito de Chiquinquirá, y que, por consiguiente, tiene mejor derecho al dominio de ellos que el demandante señor Pablo Santiago Martínez.

"Confirmase la sentencia recurrida en los demás."

El señor Martínez interpuso recurso de casación, que la Corte admite por hallarse en las condiciones legales en orden a la cuantía y naturaleza del juicio.

La demanda presentada ante esta Superioridad no se amolda en un todo a los requisitos técnicos de la casación; pero la Corte procurará hacer un estudio metódico de los dispersos elementos de aquella pieza.

Se alegan las causales primera y segunda del artículo 2° de la Ley 169 de 1896.

Tocante a la segunda, se dice que el Tribunal dejó de resolver las cuestiones planteadas en la demanda principal y en la de reconvencción y condenó a más de lo pedido y alegado durante el debate. El demandante y el demandado solicitan se declare el mejor derecho al dominio de los bienes inmuebles que reivindicán, singularmente determinados, aunque con motivos distintos, y el Tribunal, apartándose de las normas trazadas en las dos demandas, trae por los cabellos algo que no ha sido objeto de los debates, y decide sobre el mejor derecho de los bienes hereditarios contratados por medio de la escritura número 53, de nueve de abril de mil novecientos uno, dejando sin resolver el dominio de los inmuebles. De aquí la violación del artículo 835 del Código Judicial,

Se observa:

El Juez absolvió a García de los cargos de la demanda principal y el Tribunal confirmó este punto, supuesto que la reforma que hace se refiere a la contrademanda. Luego si está fallada aquella demanda.

Al reconocer el Tribunal a García como dueño de unos derechos, cuando él demandó sobre una especie, obró autorizado por el artículo 273 del Código Judicial: sin duda estimó que el contrademandante había pedido más de lo que se le debía, y le reconoció derecho únicamente a lo que probó. El artículo 835 del propio Código prohíbe conceder más de lo demandado, pero no menos. Si la decisión del sentenciador es errónea sobre esta parte, la cuestión es entonces de la primera causal y no de la segunda. Esta, por tanto, no se halla acreditada. (En relación a que el Tribunal no falló expresamente las excepciones opuestas contra la demanda principal, adviértase que no es Martínez quien puede alegar agravio por tal motivo).

Cuanto a la causal primera, se acusan varias violaciones de textos legales y errores de hecho y de derecho "en la apreciación de las pruebas escriturarias exhibidas y aducidas, tanto por la parte demandante como por la demandada."

No halla la Corte violaciones directas de la ley; si ellas existen, se han producido indirectamente, o sea como consecuencia de los errores de que se queja el autor del recurso. Hé aquí porqué se comienza por examinar tales errores.

Expone el recurrente que el Tribunal, después de aceptar que por la escritura número 53, de nueve de abril de mil novecientos uno, los vendedores Alvaro Monroy y Elvira Ruiz no transfirieron a Melquíades García el inmueble, singularmente determinado, que habían comprado a Liboria Cañón Ruiz, sino derechos en una comunidad formada por causa de sucesión, que compraron, según lo afirmaron, a Sebastián Cañón y a los herederos de éste y Cleofe Ruiz (contratos de los cuales no existe la prueba en el juicio), termina por aceptar que Monroy y Elvira Ruiz no adquirieron sobre el inmueble de cuya reivindicación se trata, derecho alguno distinto del que vendieron a Melquíades García; y concluye que este señor adquirió por tradición el dominio del derecho comprado, el cual dejó de pertenecer desde aquel día al patrimonio de la sociedad conyugal Monroy-Ruiz. De estas premisas, notoriamente reñidas con la verdad, deduce el Tribunal este errado concepto:

"En consecuencia, muerto Alvaro Monroy, ni su cónyuge ni sus herederos podían sucederle en un derecho que ya no existía dentro del patrimonio de la sociedad conyugal Monroy-Ruiz, de tal manera que al vender sus derechos en la sucesión, no podían transmitirlos a sus causahabientes, porque nadie puede transmitir lo que no tiene."

En apoyo de esta tesis, el Tribunal invoca los artículos 673, 756 y 1887 del Código Civil, los que resultan violados por indebida aplicación.

Si los señores Alvaro Monroy y Elvira Ruiz no vendieron el inmueble, singularmente determinado, que habían comprado a Liboria Cañón Ruiz, cuyo dominio excluyeron expresamente en la mentada escritura número 53, si lo que transfirieron los vendedores a Melquíades García fueron derechos en una comunidad por causa de sucesión; si los vendedores expresan que estos derechos los habían comprado a Sebastián Cañón y a los herede-

ros de éste y Cleofe Ruiz, el comprador García no adquirió por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada, esto es, derechos y acciones, que son bienes indeterminados y a veces ilusorios. La intención de los que intervinieron en el contrato de la escritura número 53, quedó expresada claramente así: los vendedores transfirieron todos los derechos y acciones que hubieron por compra a Sebastián Cañón, los herederos de éste y Cleofe Ruiz, excluyendo terminantemente de la venta el derecho de Liboria Cañón Ruiz. Si Sebastián Cañón y los herederos de éste y Cleofe Ruiz no habían vendido nada a Alvaro Monroy y Elvira Ruiz, éstos no transfirieron nada a Melquiades García por medio de la escritura número 53, desde luego que en ella excluyeron los vendedores el derecho de Liboria Cañón Ruiz. Como no se ha probado que Monroy y Elvira Ruiz hubieran comprado los derechos de herencia de Sebastián Cañón y de los herederos de éste y Cleofe Ruiz, la venta que hacían de esos derechos a García carece de objeto y aun de causa, y quedó incólume el derecho transmitido a Martínez. El sentenciador, al desconocer esto, incurrió en error de hecho y de derecho y en violaciones de los artículos 752, 1602, 1618, 745, 746, 747, 1510, 1757, 1759 y 1765 del Código Civil y 681, 707 y 708 del Judicial.

Se considera:

Como se advierte, la sustancia del cargo consiste en la interpretación errónea en cuanto a los hechos y el derecho, dada por el Tribunal al contrato contenido en la citada escritura número 53.

El Tribunal, después de relatar los varios títulos aducidos por las partes, manifiesta que se llega al estado de no poderse saber con precisión si la sociedad conyugal Monroy-Ruiz adquirió toda la casa y solar a que se refiere el pleito, o solamente derechos sobre los mismos, en competencia con otros comuneros; pero cita el testamento de Alvaro Monroy, otorgado antes de la venta a Melquiades García, en cuya cláusula 8ª declaró el testador que había adquirido durante su matrimonio con Elvira Ruiz unos derechos radicados en una casa de rafa y teja y de rafa y paja, por compra hecha a Sebastián Cañón y sus herederos, derechos que estaban vendidos a García, a quien debía otorgarse la respectiva escritura, sin que por otra parte el testador hubiese declarado que era dueño de casa alguna por compra a Liboria Cañón Ruiz. Estas observaciones persuaden—añade el Tribunal—de que Monroy y Elvira Ruiz no adquirieron sobre el dominio que reivindican ningún derecho distinto del que vendieron a Melquiades García, lo cual se explica más todavía, si se tiene en cuenta que la casa y solar de que se trata no fueron alistados como de propiedad de la sucesión de don Alvaro en el inventario principal, sino en uno adicional, provocado por Pablo S. Martínez, y que al ejecutarse este acto, fue encontrado Melquiades poseyendo aquel inmueble, y así se reconoció judicialmente. Vendido como fue este derecho a Melquiades García, mediante la escritura número 53, de nueve de abril de mil novecientos uno, otorgada a su favor por los cónyuges Alvaro Monroy y Elvira Ruiz, y registrado dicho título el diez y seis del propio mes, dicho García adquirió por tradición el dominio del derecho comprado, el que dejó de pertenecer al patrimonio de la sociedad conyugal Monroy Ruiz.

Significa lo dicho—prosigue el sentenciador—que la hijuela del demandante no es título que acredite su do-

minio sobre el mismo bien, porque de éste carecían quienes aparecen como tradentes.

Haciéndose cargo de la objeción del demandante, expresó el Tribunal:

“Pero se dirá que como el demandado no ha comprobado dominio sino sobre derechos y acciones proindivisos sobre la finca en cuestión, y el demandante ha exhibido el título de adjudicación de la misma en su totalidad, éste ha comprobado que es dueño de los derechos que no fueron vendidos al demandado, los cuales puede reivindicar. A esta objeción se observa: según la cartilla de adjudicación, se tuvo en cuenta para hacer ésta en la totalidad del inmueble, la escritura pública número 209, de diez y nueve de julio de mil ochocientos noventa y cuatro, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Chiquinquirá, mediante la cual Liboria Cañón Ruiz vendió a los esposos Alvaro Monroy y Elvira Ruiz el inmueble en su conjunto; si el contrato de que este instrumento da cuenta estaba en vigor cuando los cónyuges Monroy y Ruiz vendieron sus derechos en el mismo inmueble a Melquiades García, es claro que éste adquirió toda la finca por equivaler aquellos derechos al dominio total de ésta, y no haberse reservado cuota alguna los vendedores, circunstancias por las cuales a la muerte de Monroy dicha finca había salido de su patrimonio, y no podía ser transmitida a sus herederos, ni por éstos al demandante; y si el contrato había sido invalidado y no quedaba como propiedad de la sociedad de Monroy Ruiz sino derechos en una comunidad con Elvira y Liboria Cañón, como lo da a entender la escritura número cincuenta y tres (53), del nueve de abril de mil novecientos uno, entonces, como estos derechos fueron adquiridos por García, tampoco podían transmitirse a los herederos de Monroy, ni podían éstos transmitirlos al demandante. Este no podría pretender reivindicar el inmueble o parte de él, sino mediante título procedente de terceros, es decir, de personas distintas de Alvaro Monroy, Elvira Ruiz y los herederos de éstos; o previa declaratoria judicial de nulidad del contrato celebrado entre los esposos Monroy Ruiz y Melquiades García, pronunciada con audiencia de las partes.”

Hé aquí porqué llegó el Tribunal a la conclusión de que falta la prueba de que el actor sea dueño de la cosa sobre que versa la reivindicación.

Para la Corte, el sentenciador no incurrió en el error de hecho evidente que se le atribuye en la inteligencia del contrato de la escritura número 53, acerca de que los vendedores se reservaron el derecho de la señorita Cañón Ruiz.

En esa escritura manifiestan Monroy y su mujer que venden a Melquiades García todos los derechos y acciones que les corresponden por compra a Sebastián Cañón y a los herederos de éste y Cleofe Ruiz, como consta en las respectivas escrituras, en unas casas ubicadas en la salida de Chiquinquirá para Pauna, y en las cuales tienen parte los herederos Eliseo y Liboria Cañón. Decir que Liboria tiene parte en la casa, no equivale a afirmar que los vendedores se reservan esa parte. Liboria Cañón les había vendido toda la casa y su solar a los esposos Monroy Ruiz, según la escritura número 209, de diez y nueve de julio de mil ochocientos noventa y cuatro (folio 3 del cuaderno 1º), y por consiguiente, ya no tenía parte en ella cuando los esposos nombrados hicieron la venta a García, por más que en la escritura de esta ven-

ta se use el verbo en presente (tienen parte Eliseo y Liboria Cañón). Esta razón es contundente contra la tesis de Martínez, referente a la reserva del dominio que habían adquirido de la señora Cañón; luego no puede graduarse de evidentemente errónea de hecho la interpretación del Tribunal contraria a aquella tesis.

De otro lado, sería inconcebible que al vender Monroy derechos sobre la casa le hubiera quedado íntegramente ésta, para que sus sucesores se la transmitieran a Martínez. Es preciso interpretar los contratos de manera que produzcan efectos, y hay que suponer buena fe en los contratantes, mientras no aparezca lo contrario.

Ni se descubre el error de derecho, porque si Monroy y su mujer vendieron sin reserva los derechos que tenían en esa casa y solar, tales derechos salieron de su patrimonio; sus sucesores no los pudieron adquirir a título de herencia, ni tampoco les fue dado transmitirlos a Martínez. En semejante evento, queda en pie la aseveración del Tribunal, acerca de que el demandante no puede reivindicar apoyándose en títulos derivados del matrimonio Monroy-Ruiz. Podría reivindicar, en parte al menos, si adujera algún título proveniente de un tercero, como el citado Eliseo Cañón; pero éste no es su caso.

No hay pruebas en el expediente para colegir que la intención de las partes al celebrar el contrato contenido en la referida escritura número 53, fuera la de excluir expresamente el derecho de Liboria Cañón Ruiz.

Por tanto, no acreditados los errores de hecho, al menos con la nota de evidentes, y de derecho que se le imputan al sentenciador, no procede la acusación por quebrantamiento de los textos legales susodichos. Se desecha, pues, este motivo.

En la primera parte del alegato—y éste puede ser el primer motivo—se apunta que la posesión inscrita del señor Alvaro Monroy y de sus herederos y cónyuge sobre venta, no fue cancelada por la inscripción de la escritura número 53, y, por consiguiente, se transfirió al señor Pablo Santiago Martínez, mediante el registro de la hipoteca de adjudicación a título de dominio sobre los inmuebles.

La posesión de los derechos inscritos a favor de Sebastián Cañón, Liboria Cañón Ruiz, Alvaro Monroy y Elvira Ruiz y Pablo S. Martínez, se prueba por la inscripción de los títulos arriba mencionados; y mientras tal inscripción subsista en sucesión no interrumpida desde el treinta de junio de mil ochocientos ochenta y seis hasta el presente, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla. Con esto queda demostrado, como lo exige el artículo 946 del Código Civil, que Martínez es dueño de la cosa; que la acción reivindicatoria se refiere a una cosa singular; que el actor no está en posesión material de la misma y que el demandado es poseedor singular de ella.

Luego el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja—concluye el impugnador— al desconocer en la sentencia que es materia de este recurso de casación, todas estas circunstancias, ha violado directamente la ley sustantiva, o sea los preceptos contenidos en los artículos 756, 759, 762, 785, 789, 791, inciso final; 946 y 980 del Código Civil, por omisión.

Se considera:

Adujo el demandante un certificado del Registrador de instrumentos públicos de Chiquinquirá, en el cual,

después de historiar las escrituras recaídas sobre el inmueble de que se trata en el presente juicio, expresa que las inscripciones se hallan vigentes por no haber sido canceladas por ninguno de los medios a que se contrae el artículo 789 del Código Civil.

Pero este certificado, en que el funcionario resuelve a su modo, sin pretenderlo, la cuestión debatida en el juicio, no es una prueba incontrovertible de las afirmaciones del demandante. Ya en el mismo certificado se habla de la venta de los derechos hecha por Monroy y la señora Elvira Ruiz a Melquíades García, de donde se sigue que por la inscripción de la escritura número 53 quedó cancelada la inscripción—en todo o en parte—de la escritura anterior, o sea la otorgada por Liboria Cañón Ruiz a los citados esposos, de conformidad con el artículo 789 del Código Civil, porque la escritura número 53 fue otorgada por los poseedores inscritos, Monroy y la Ruiz a Melquíades García.

Por esto, el certificado no prevalece sobre disposiciones terminantes de la ley, y no aparecen violados los textos que cita el recurrente, ni directamente, ni como consecuencia de mala apreciación de esta prueba. Se desestima, por tanto, este motivo.

El recurrente transcribe unos párrafos del alegato de segunda instancia, en los cuales solicitó la declaración de oficio de la nulidad absoluta del contrato contenido en la escritura número 53 y la aplicación de la sanción consignada en el artículo 454 del Código Judicial, y deduce de aquí que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones sustentadas por las partes, porque en ella se resolvió sobre puntos que no fueron objeto de la controversia y se omitió la decisión de algunos que fueron planteados.

Esta objeción se refiere nuevamente a la causal segunda. En cuanto a que se resolvió sobre puntos ajenos a la controversia, ya se explicó que no es procedente el cargo. En lo tocante a no haberse fallado sobre la nulidad del contrato contenido en la escritura número 53, adviértase que el sentenciador estudió detenidamente ese contrato, y le reconoció valor para apoyar en él su decisión, lo cual quiere decir que, virtualmente al menos, resolvió en contra del demandante la alegación de la nulidad. Respecto de la sanción del artículo 454, téngase presente que si el Tribunal nada dijo acerca de ella, fue sin duda porque no la halló justificada; y ha resuelto la jurisprudencia de la Corte que el sentenciador es soberano en la apreciación de los elementos que hayan de servir para la aplicación de la pena de que se trata, a no ser que se le convenza de un evidente error de hecho, lo cual no sucede aquí.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril cuatro de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

En el juicio ejecutivo que con acción real propuso Antonio Salazar contra Luis María Oliveros en el Juzgado 1° del Circuito de Girardot, para el pago de una suma de dinero, propusieron María Francisca Hernández de Oliveros y Aníbal Herrán sendas tercerías coadyuvantes, para que con el producto de los bienes rematados, y con mejor derecho que el ejecutante, se pagara a la primera la suma de tres mil pesos (\$ 3,000) oro con intereses legales, procedentes de un saldo que quedó de la venta de una finca de propiedad de la tercerista, hipotecada antes de celebrarse su matrimonio con el ejecutado Oliveros, y saldo que a éste entregó después la tercerista; y el segundo, o sea el señor Aníbal Herrán, la suma de cinco mil pesos (\$ 5,000) moneda legal con los intereses estipulados. Sustanciadas dichas tercerías en forma legal, y después de dictada sentencia de pregon y remate y de las excepciones que alegó el ejecutado, el Juez las decidió así, en sentencia de fecha ocho de mayo de mil novecientos treinta:

“1° Con el producto de los bienes rematados y de los que posteriormente se lleguen a rematar, se pagarán los siguientes créditos:

“a) En primer lugar las costas del juicio ejecutivo principal.

“b) En segundo lugar, y hasta el completo del crédito y de sus intereses, el crédito que consta en la escritura pública número ochocientos veintiséis, de veinte de diciembre de mil novecientos veintiuno, otorgada en la Notaría de esta ciudad.

“c) En tercer lugar, el crédito que consta en el documento privado de fecha treinta de octubre de mil novecientos veintitrés, y a que se refiere la tercería coadyuvante del señor Aníbal Herrán; y

“2° No se accede a que con el producto de los bienes rematados se pague el crédito de la señora María Francisca Hernández de Oliveros, reclamado por medio de la respectiva tercería coadyuvante.

“Condénase a esta señora en las costas del juicio.”

Contra este fallo interpusieron apelación ambos terceristas, y sustanciado el recurso, el Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de seis de marzo de mil novecientos treinta y uno, lo confirmó en todas sus partes.

Únicamente la tercerista María Francisca Hernández interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, y se le otorgó. Este recurso es admisible, y por ello se procede a estudiarlo.

La recurrente alegó ante la Corte varias causales, designándolas con los nombres de primera, segunda, tercera, cuarta y quinta causal, y dando a cada una de esas causales el respectivo motivo, por lo cual aparece que la recurrente entiende que son causales de casación las que ella designe, y no las que determina la ley, lo cual es un error.

Considerando que así lo entendiera la parte recurrente, y empezando por el estudio de lo que ella llama causal cuarta, no sería ésta procedente por el motivo que se alega, de que al “razonar y apreciar el Tribunal los fundamentos legales para pronunciar su veredicto hubiera violado disposiciones legales” que la recurrente no cita,

sino porque el Tribunal sentenciador no tuviera jurisdicción ninguna para decidir, por corresponder esta jurisdicción a otra entidad, que es lo que el artículo 2° de la Ley 169 de 1896 señala como causal cuarta de casación. Pero esa falta de jurisdicción no se alegó ni comprobó.

En la misma inteligencia de la recurrente tampoco sería motivo de la causal quinta que alega, el de no “haberse ceñido el Tribunal a los preceptos de la demanda y hechos comprobados en la acción de tercería con las disposiciones del Título 40 del Libro 4° del Código Civil.” Sobre prelación de créditos: no haber tenido en cuenta que la tercerista señora de Oliveros no consintió en la constitución del gravamen hipotecario sobre la cosa que se remató con acción real, ni que la misma tercerista no tenía porqué contribuir a su pago con sus bienes propios; ni que el esposo de la tercerista quedó obligado a la restitución de los haberes de aquella, porque el motivo pertinente sería el de haberse abstenido el Tribunal de decidir en asunto de su competencia, lo cual tampoco aparece, ni se comprobó ni alegó.

Lo mismo sucede con lo alegado con motivo de la causal tercera.

Pero en la inteligencia de que la recurrente hubiera querido expresar únicamente como motivos y no como causales los que señala para las causales tercera, cuarta y quinta, y que lo sean de la causal primera, también alegada, y respecto de la cual sí podían alegarse, al estudiar esta causal se considerarán.

Causal segunda.

Como fundamento o motivo de esta causal, dice la recurrente que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la tercerista de Oliveros, porque el Tribunal se separó de sus postulados y no estudió con fundamento estos puntos:

a) Si los créditos que se cobran en las dos tercerías están suficientemente comprobados.

b) Si al estar comprobados tales créditos, o resolverse afirmativamente este punto, qué grado preferencial les corresponde para ser cubiertos con el producto de los bienes rematados en el juicio.

Pero que el Tribunal hizo lo contrario, prefirió el crédito del ejecutante Salazar y desconoció el de la tercerista recurrente, probado fehacientemente y con preferencia y privilegio, para lo cual basta ver—dice la recurrente—que los herederos del ejecutante se limitaron a negar los cargos de la demanda de tercería, sin probar por ningún medio que no era pagable el crédito materia de la tercería, ni adujeron pruebas en ese sentido.

Se considera:

El cargo no es fundado, porque el fallo del Tribunal concluye confirmando el de primera instancia, en que el Juez rechazó la tercería de la señora de Oliveros. Además, el Tribunal dijo en la parte motiva de su fallo, en orden a esta tercería, lo siguiente:

“Es evidente que la existencia de este crédito se halla establecida con los documentos anotados, pero respecto de su naturaleza y condiciones para poder ser tenido en cuenta en este juicio, cabe hacer la siguiente observación, que alega el apoderado del ejecutante, y que el Tribunal halla en un todo fundada:

“Por el hecho del matrimonio se forma una sociedad entre los esposos, a cuyo haber entra el precio de las fincas de cualquiera de éstos, que se vendan durante el

matrimonio, con cargo de restituir al verificarse la liquidación de tal sociedad, esos valores al respectivo cónyuge vendedor.'

"Lo dicho resulta que si bien es cierto que la sociedad conyugal Oliveros-Hernández adeuda al cónyuge María Francisca Hernández de Oliveros el valor de los bienes que de ésta se hayan vendido durante el matrimonio, también es cierto que mientras tal sociedad no se haya liquidado, o mejor dicho, mientras tal sociedad no se haya disuelto, condición indispensable para que se liquide, no se hace exigible la restitución a la Hernández de tales sumas, pues cualquier pago que se haga a ella durante la existencia de la sociedad conyugal, sería la sociedad conyugal quien lo recibiría; y es absurdo que, por una parte, pague la sociedad conyugal y por otra reciba.....

"De todo lo cual se deduce que el crédito que persigue la tercerista María Francisca Hernández de Oliveros no puede hacerse efectivo, ni debe pagarse con los bienes perseguidos o que se persigan en esta ejecución, por no ser en la actualidad exigible el crédito."

Si, pues, el Tribunal falló sobre la tercería de que se trata, no puede decirse que la sentencia no esté en consonancia con lo pedido, y que procede la causal segunda. Si el Tribunal erró en la apreciación de las pruebas aducidas por la tercerista, ese es punto materia de la causal primera, pero no de la segunda.

Causal primera.

Como primer motivo de esta causal, arguye el autor del recurso, que el Tribunal negó "erradamente por aplicación indebida de la ley sustantiva al caso del pleito, y por error esencial de apreciación, el pago preferencial y privilegiado, impetrado en la tercería coadyuvante, no obstante haber reconocido en el acuerdo motivo de la sentencia, que es legal dicho crédito, pero en su parte resolutive dice que **"por no ser en la actualidad exigible el crédito,"**—subraya el autor del recurso,—no lo manda pagar, sin tener en cuenta, agrega, que ese crédito procede de derechos exclusivamente de la tercerista, particularmente de ella, adquiridos antes del matrimonio, sagrados como las capitulaciones matrimoniales excluyentes," debiendo haber estudiado el Tribunal a la luz del derecho positivo y aplicado la ley de privilegios, que tan claramente aparece estampada en la demanda y en las pruebas aducidas en la misma tercerista.

Se considera:

No cita la recurrente cuál sea la disposición sustantiva que el Tribunal hubiera violado al negar el pago de la tercería de la señora de Oliveros, lo que era necesario, conforme al numeral último del artículo 9° de la Ley 90 de 1920; pero admitiendo que la recurrente se refiriera al numeral 3° del artículo 2502 del Código Civil, que citó al promover la demanda de tercería, se ve que la interpretación dada por el Tribunal a dichas disposiciones en relación con la tercería de la señora de Oliveros, lejos de ser errónea, es correcto, pues el sentenciador reconoció lo que se transcribió a propósito de la causal segunda, o sea en resumen que, "si bien es cierto que la sociedad conyugal Oliveros-Hernández adeuda al cónyuge María Francisca Hernández de Oliveros el valor de los bienes que de ésta se hayan vendido durante el matrimonio, también es cierto que mientras tal sociedad no se haya liquidado, o mejor dicho, mientras tal sociedad no se haya disuelto, condición indispensable para que se li-

quide, no se hace exigible la restitución a la Hernández de tales sumas, pues cualquier pago que se haga a ella durante la existencia de la sociedad conyugal sería la sociedad conyugal quien lo recibiría"; concepto que concuerda con lo que dispone el artículo 1797 del Código Civil, y con los artículos 1806 y 1820 de la misma obra, según los cuales, vendida alguna cosa del marido o de la mujer, la sociedad deberá el precio al cónyuge vendedor; que el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, y que la sociedad conyugal no se liquida sino cuando se disuelve en los casos señalados por el artículo últimamente citado. Hay prueba de que la señora Hernández de Oliveros dio a su esposo, que es el ejecutado, durante el matrimonio con él, la suma de tres mil pesos moneda corriente, y que esa suma hacía parte del valor de una finca raíz que era de propiedad exclusiva de dicha señora; pero no aparece que por la disolución y liquidación de la sociedad conyugal Oliveros-Hernández, deba ésta restituir ya ese valor al cónyuge que lo aportó. El hecho de que la sociedad conyugal nombrada esté hoy insolvente, no es por sí suficiente, sin que haya mediado el juicio respectivo para decidir que ya es el momento de la restitución del aporte del cónyuge tercerista. El cargo no es, pues, fundado.

Considerando aquí el motivo alegado en la segunda causal, consistente en no haber dado los herederos del ejecutante prueba ninguna de que no sea pagable el crédito de la tercerista Hernández, y haberse limitado a negarlo, se observa que no era a dichos herederos a quienes correspondía probar que el crédito de la tercerista no era exigible por ser un hecho negativo, sino a la misma tercerista, que si lo era, conforme al artículo 542 del Código Judicial entonces vigente, y esa prueba no la ha dado la tercerista.

Como motivos de las causales tercera, cuarta y quinta, y que son de la primera causal, alega la recurrente esto: que el Tribunal violó en su fallo terminantes disposiciones sustantivas, que son los artículos 2502, 2504, 1801, 1806, 1883 y jurisprudencia de la Corte y de los Tribunales, citadas al enunciar la causal tercera, pues que en lugar de aplicarlas, el Tribunal le dio entrada a otras que no eran pertinentes a la tercería, como la del artículo 2499 del Código Civil; que la sentencia infiere agravios irreparables a la tercerista al desconocerle el pago preferencial de su crédito, porque la obliga a "perder y sacrificar un derecho sagrado y exclusivo de la tercerista, y excluyente, como todo reclamo que pueda o quiera hacer una mujer casada al reclamar sus bienes hereditarios propios, porque el Tribunal no tuvo en cuenta la licencia judicial, el convenio que consta en el título y las demás pruebas existentes en el juicio para reconocer el derecho de la tercerista. Que el fallo del Tribunal no concuerda con la tercería, ni en él se tuvo en cuenta el Título 40 del Libro IV del Código Civil, sobre prelación de créditos, porque no habiendo consentido la tercerista en la constitución del gravamen sobre la cosa rematada con acción real, no tiene porqué contribuir al pago de él con sus propios bienes, y que el ejecutado, esposo de la tercerista, quedó obligado a devolverle, en cualquier tiempo que la tercerista lo exigiera, tal valor, ya por insolvencia del mismo deudor o por terceros que persiguieran los bienes de la sociedad conyugal.

Se observa:

Ya se dijo porqué no violó el Tribunal los artículos 2502 y 2504 del Código Civil, al declarar que si bien estaba probado el crédito de la tercerista Hernández de Oli-

veros, y tener preferencia, no podía mandarse actualmente pagar con los bienes embargados. Aunque el Tribunal se hubiera apartado de la doctrina de la Corte o de los Tribunales, que no consta, no sería ello motivo para que por tal disenso hubiera violado la ley, ya que esa doctrina no ha sido últimamente reconocida como causal de casación, y por no ser obligatorias para los Tribunales y Jueces las doctrinas de la Corte.

En cuanto a la violación de los artículos 1801, 1806 y 1833 del Código Civil, se observa: respecto del primero, el Tribunal no lo tuvo en cuenta por no ser del caso; el segundo, no lo aplicó mal, porque constando que el ejecutado Luis María Oliveros es el marido de la tercerista Hernández de Oliveros, y que durante ese matrimonio entró a él la suma de tres mil pesos materia de la tercería, el expresado marido ejecutado era responsable con esa suma a los acreedores sociales, sin perjuicio de la restitución al cónyuge, cuando llegue la oportunidad legal, que, como se dijo, no ha llegado. Por la misma razón no era el caso de aplicar el artículo 1833 del Código Civil.

El hecho de que al no mandarse pagar a la tercerista su crédito con el producto de los bienes embargados, le cause perjuicios, porque se trata de una cosa propia de aquélla y se contraviene a lo estipulado en el documento, base de la tercería, de que debía pagarse tal crédito en el tiempo que lo exigiera la tercerista, acusa desconocimiento por parte de la tercerista, no del Tribunal, de lo que la ley establece, cuando dice que el dinero proveniente del precio de bienes raíces de los cónyuges, aportado por uno de ellos a la sociedad, pertenece a ésta; que con ese dinero el marido responde a los acreedores sociales, sin perjuicio del crédito respectivo contra la sociedad, al tiempo de su liquidación; y que las convenciones de los cónyuges sobre el particular durante el matrimonio, ni pueden hacerse por los cónyuges ni perjudican a los acreedores sociales.

Dice la tercerista que el Tribunal no tuvo en cuenta para reconocer el derecho de aquélla, la licencia judicial obtenida para hipotecar y vender la finca raíz de su propiedad exclusiva, de que proviene el dinero materia de la tercería. A esto responde la Corte que, precisamente, ese hecho está indicando, conforme a la ley, que el producto de tal venta entró al haber social, y es prenda de los acreedores. El cargo es pues, por todos sus aspectos, infundado.

No se considera el memorial del tercerista Aníbal Herrán, por no haber interpuesto dicho tercerista recurso de casación contra la sentencia. El señor Herrán se limitó a coadyuvar el recurso de casación de la tercerista de Oliveros, lo cual no basta para considerar en su provecho los reparos que hace a la sentencia, y que son, por otra parte, de instancia.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia de fecha seis de marzo de mil novecientos treinta y uno, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este juicio. Las costas son de cargo de la recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Secretaría y por medio de la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril siete de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Ramón Medina demandó a Marco A. Jaramillo en juicio de reivindicación, para que se declarase:

"a) Que debe restituir Jaramillo a Medina un lote de terreno situado en el Distrito de Yolombó, y que linda: de la desembocadura de la quebrada El Tapado, en el río Nus, siguiendo río arriba hasta el desemboque del amagamiento Tapadito; éste arriba, en extensión de una cuadra, más o menos, hasta llegar a la orilla de un potrero pequeño del señor Medina; de aquí, en línea recta, por el borde de un monte, hasta llegar a la quebrada de El Tapado, y ésta, abajo, al desemboque de la quebrada en el río Nus, punto de partida.

"b) Que la restitución debe hacerse 'en armonía con el artículo 963 del Código Civil.'

"c) Que el demandado es poseedor de mala fe, y que como tal, debe ser condenado a las prestaciones correspondientes.

"Subsidiariamente, para el caso de que se considere al demandado como poseedor de mala fe, que se le condene a las prestaciones correspondientes.

"d) Que en caso de que el demandado se oponga a la acción intentada, se le condene en costas."

El Juez absolvió a Jaramillo de los cargos de la demanda, y el Tribunal de Medellín confirmó la sentencia que había sido apelada por ambas partes.

El demandante interpuso recurso de casación, que se admite y estudia por estar ajustado a la ley.

Acusa en primer término la sentencia por error de derecho en la apreciación del dictamen pericial practicado en la diligencia de inspección practicada en primera instancia, y violación del artículo 732 del Código Judicial a consecuencia de ese error, por no haberlo aplicado al caso del pleito.

Se observa:

El Tribunal basó su fallo en varias razones, que enumeró de uno a nueve; en el número segundo toma en cuenta el dictamen de los peritos, y si es verdad que él no fue aprobado por el Juez, también lo es que esa no fue la única razón que tuvo el Tribunal para fallar el pleito, tanto más cuanto la exposición de los peritos apenas forma una prueba, más o menos completa, según la naturaleza de su contenido, como lo preceptúa el artículo 732 del Código Judicial, invocado por el recurrente. De manera que el Tribunal ha podido perfectamente bien, de acuerdo con esa disposición, apartarse del dictamen pericial.

El recurrente sostiene que el Tribunal erró de hecho al considerar que el perito tercero se había separado del dictamen de los otros peritos, porque debe observarse, arguye el recurrente, que la mayoría de los peritos está formada por el perito del demandante y el perito tercero, quienes estuvieron de acuerdo, y que el desacuerdo fue del perito de la parte demandada; de suerte que no es cierto lo que asevera el Tribunal, que el perito tercero se hubiera separado del dictamen de sus compañeros en la inspección.

Es cierto el reparo. No fue el perito tercero quien se apartó del dictamen de sus compañeros, fue el perito del demandado; pero este error, que apenas puede considerarse como de forma, no influye en nada en la decisión, porque el Tribunal, de acuerdo con el artículo 79

de la Ley 105 de 1890, no está obligado a aceptar la exposición de los peritos, porque ella de por sí no es plena prueba, salvo la excepción del artículo 80 de la misma Ley. Lejos, pues, de violar el Tribunal esta disposición, como lo anota el recurrente, le dio aplicación.

Bien es cierto que también se alega como fundamento de la infracción del artículo que acaba de citarse, el hecho de que el Tribunal no tuvo en cuenta las demás pruebas del proceso ni las razones en que los peritos de la mayoría fundaron su dictamen, pero el recurrente no señala esas pruebas que dejó de apreciar el Tribunal, ni señala tampoco las razones en que los peritos fundaron su dictamen, y que fueron rechazadas por el Tribunal.

Se dice también que el Tribunal incurrió en grave error de hecho, que lo condujo a la violación del artículo 607 del Código Judicial, por no haber apreciado las declaraciones de los testigos presentados por Medina, declaraciones que el Tribunal califica de vagas, siendo precisas y terminantes, y en error de derecho, en no haber dado a esas declaraciones su pleno valor, de acuerdo con la misma disposición del artículo 607 invocado.

Es verdad que el Tribunal califica tales declaraciones de vagas, porque sólo se limitan a decir que conocieron la finca que fue de Jesús Rivillas, hoy de propiedad de Medina, y que el lote que ocupa Jaramillo en la zona litigiosa pertenecía a Rivillas; pero estas declaraciones no son a las que se refiere el recurrente en este capítulo de acusación. Las declaraciones a que se refiere el recurrente son las recibidas durante la inspección ocular, como puede verse a fojas 8 y siguiente del cuaderno de pruebas del señor Medina, en segunda instancia. Otras, pues, fueron las declaraciones apreciadas por el Tribunal, como se ve en el mismo cuaderno a fojas 25, 34 y siguientes.

Considera igualmente el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar las declaraciones de José Quintana, David Rodríguez y Angel María Molina, testigos todos que declaran de una manera precisa sobre la faja que ocupó el señor Rivillas, y en donde ejerció actos de señor y dueño.

Puede aceptarse este reparo, pero, como ya se ha visto, el sentenciador fundó su fallo en varios motivos, de suerte que subsistiendo uno de ellos, el fallo se sostiene, aun cuando en los otros motivos hubiera el Tribunal incidido en error de hecho y de derecho, y violado a consecuencia de esos errores algunas disposiciones sustantivas.

Lo dicho sirve igualmente para refutar el reparo del recurrente, hecho por no haber apreciado el Tribunal las declaraciones de José Londoño, Casimiro Quintana y Pedro José Bohórquez.

Considera el recurrente que el Tribunal incidió en error de hecho al no haber apreciado la escritura número 259, de veintiocho de agosto de mil novecientos quince, por la cual Jesús María Rivillas vendió un lote de terreno a Felipe Dúque y Juan María Medina; pues en esa escritura se le dan al lote vendido determinados linderos, que el Tribunal ha debido relacionarlos con la exposición de los peritos. Es verdad que el Tribunal expresamente no habla de la escritura número 259, pero ella fue presentada por el señor Medina en las instancias del juicio, y figuró como prueba. Y como lo que se discute es saber cuál de los dos arroyos que figuran en ella es el conocido con el nombre de El Tapado o del Tapadito, la labor del Tribunal se concretó a esa identificación, cosa que no resulta de la escritura por sí sola.

Si el Tribunal, como lo dice el recurrente, no hubiera tenido en cuenta esa escritura, habría, con mayor razón, absuelto a Jaramillo de la demanda de reivindicación, porque ese es el título que ha invocado Medina para considerarse dueño del lote en disputa.

Se tacha el fallo, en último lugar, por error de derecho en la apreciación de un plano presentado por el señor Jaramillo, y se hace consistir el error en que ese plano vino al juicio sin los requisitos señalados por el artículo 679 del Código Judicial.

Bien puede suceder que el recurrente tenga razón en su ataque, pero ya se ha visto que ésta tampoco es la única razón que tuvo el Tribunal para fundamentar su fallo, el cual se apoya en otras varias, que no han sido infirmadas a pesar de los ataques del recurrente.

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, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha treinta de agosto de mil novecientos treinta.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril once de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Tulia Castro, casada con Santiago Hernández, con autorización de éste, y Elisa Castro, soltera, en documento firmado por ellas y por Hernández en Zipaquirá, el treinta de mayo de mil novecientos veinticinco, hicieron estas declaraciones: "nos constituimos deudoras del señor Luis Enrique Ramos F., mayor de edad y vecino de Zipaquirá, por la cantidad de dos mil pesos moneda corriente (\$ 2,000 m. c.), valor convenido de sus honorarios por las gestiones tanto judiciales como extrajudiciales hechas por dicho señor en nombre y representación nuestra, en la sucesión intestada del señor Samuel Nieto, sucesión que cursa en el Juzgado 1° de este Circuito. Dicha suma nos comprometemos a pagarla al señor Ramos o a quien sus derechos legalmente represente, en esta ciudad, dentro del término de tres meses, a contar desde la fecha del presente documento.

"Durante el plazo estipulado no abonaremos intereses sobre el capital; pero en caso de demora y durante ella, abonaremos intereses a la rata del uno por ciento mensual, pagaderos por mensualidades vencidas, y sin perjuicio de que se nos cobre ejecutivamente, en cuyo caso serán de nuestro cargo los costos y costas de la cobranza.

"Para seguridad de todas y cada una de las obligaciones contraídas, firmamos el presente documento por ante testigos, en Zipaquirá, a treinta de mayo de mil novecientos veinticinco."

Con ese documento, el expresado Ramos F. promovió juicio ejecutivo contra los que lo firmaron, ante el Juzgado 1° del Circuito de Zipaquirá el veinticinco de junio de mil novecientos veintiséis, y librada la ejecución, fueron

embargados los derechos y acciones que a las ejecutadas corresponden o puedan corresponderles en la sucesión de Samuel Nieto, avaluados por los peritos en siete mil quinientos pesos moneda corriente.

El trece de septiembre de mil novecientos veintisiete, Elicerio Mancera introdujo una tercería coadyuvante, haciendo valer un crédito contra las ejecutadas, proveniente de un contrato de mutuo por ochenta pesos y sus intereses, al dos por ciento mensual; y el diez y nueve de junio de mil novecientos veintiocho, introdujo otra tercería coadyuvante el doctor Pedro Mario Alvarado, haciendo valer el documento firmado por las ejecutadas el doce de ese mismo mes, y que es de este tenor:

"Nosotros: Ana Tulia Castro, casada con Santiago Hernández, quien firma este documento en constancia de que le presta su consentimiento para esta obligación, y Elisa Castro, mujer soltera, todos mayores de edad y vecinos de Zipaquirá, por el presente documento nos declaramos deudoras del doctor Pedro Mario Alvarado, mayor y vecino de Bogotá, por la cantidad de doce mil pesos moneda corriente, por valor de sus honorarios por las gestiones judiciales y extrajudiciales que nos ha prestado en la sucesión de Samuel Nieto, que cursa ante el Juzgado 1º del Circuito de Zipaquirá, a fin de que haga valer nuestros derechos como herederas de dicho Samuel Nieto, en representación de su madre abuela Margarita Nieto. Esta cantidad podrá exigirnosla nuestro acreedor, doctor Alvarado, del quince de junio de mil novecientos veintiocho en adelante."

Pedro Pablo Vargas, quien se hizo parte en lugar del ejecutante Ramos, por haberle cedido éste, desde el diez y seis de mayo de mil novecientos veintisiete, el crédito que reza el documento presentado como título ejecutivo, manifestó que se opone a que se haga lo pedido por el tercerista Alvarado, y propuso las siguientes excepciones perentorias: la de "ineficacia del documento, que resulta de no haber coexistido con el que sirve de recaudo ejecutivo, y de haberse firmado después de estar ejecutoriada la sentencia que ordena el remate de los bienes; la de simulación de contrato; y todo otro hecho que tienda a destruir y hacer ineficaz la tercería invocada."

El tercerista Elicerio Mancera también se opuso a lo pedido por Alvarado, tachando de simulado el contrato que le sirve de base.

Las ejecutadas renunciaron el traslado.

El Juzgado, en su sentencia de diez y siete de noviembre de mil novecientos veintiocho, refiriéndose al documento presentado por el tercerista doctor Alvarado, dijo:

"Este documento no ha sido reconocido legalmente por los otorgantes, por lo cual no hace fe en juicio, y solamente tiene el valor de una información sumaria de testigos, según lo dispuesto en el artículo 702 del Código Judicial. Basta esta circunstancia para que deba declararse infundada la tercería propuesta por el doctor Alvarado"; y fundado en ese concepto, falló así:

"1º Declárase probada la tercería coadyuvante propuesta por Elicerio Mancera, en la ejecución seguida por el señor Pedro Pablo Vargas contra Tulia y Elisa Castro.

"2º Declárase no probada la tercería coadyuvante propuesta por el doctor Pedro Mario Alvarado, en la ejecución seguida por el señor Pedro Pablo Vargas contra Tulia y Elisa Castro.

"3º En consecuencia, con el valor de los bienes embargados, se pagará:

"a) Las costas causadas en interés de los acreedores; y

"b) A prorrata los créditos del ejecutante señor Pedro Pablo Vargas y del tercerista señor Elicerio Mancera, junto con sus respectivos intereses, y que constan en documentos privados de fechas treinta de mayo de mil novecientos veinticinco y veinticuatro de agosto de mil novecientos veintisiete."

El doctor Pedro Mario Alvarado apeló de esa sentencia, y remitido el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, éste la revocó por medio de la suya, dictada el quince de julio de mil novecientos treinta, y en su reemplazo proveyó lo siguiente:

"Primero. Decláranse probadas las tercerías coadyuvantes propuestas por Elicerio Mancera y Pedro Mario Alvarado en la ejecución seguida por Pedro Pablo Vargas contra Tulia y Elisa Castro.

"Segundo. En consecuencia, con el producto de los bienes embargados se pagarán:

"a) Las costas causadas en interés general de los acreedores; y

"b) En segundo lugar, a prorrata, los créditos del ejecutante Pedro Pablo Vargas, por la suma de dos mil pesos moneda corriente, y de las dos tercerías de Elicerio y Pedro Mario Alvarado, por las sumas de ochenta y doce mil pesos moneda corriente, en su orden, con sus respectivos intereses y las costas particulares.

"Tercero. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el ejecutante Pedro Pablo Vargas y el tercerista Elicerio Mancera; y

"Cuarto. Queda en estos términos reformada la sentencia de primera instancia."

La parte ejecutante interpuso el recurso de casación, que el Tribunal le concedió.

El recurso es admisible.

Alega el recurrente las causales primera y segunda de casación, y comenzando por la segunda, dice:

"El motivo para alegar esta causal reside precisamente en no haber fallado sobre una de las excepciones alegadas, siendo el caso de hacerlo," y después explica el cargo así:

"Entre las varias excepciones que propuse al contestar el traslado de la tercería de que me ocupo, incluí expresamente la de 'petición antes de tiempo o de un modo indebido,' que quedó redactada así (cuaderno de la tercería Alvarado, folio 6):

.....
"En el supuesto falso de que fuera cierto dicho contrato y de que no adoleciera de vicio alguno, no sería exigible, toda vez que la cláusula que parece entrañar el contrato, dice que por los servicios prestados y que les preste, a fin de que haga valer sus derechos como herederas de Samuel Nieto. Ya hemos visto que las gestiones anteriores las hizo el apoderado Ramos, y que las que siguen son las relativas a la partición y recepción del haber herencial, lo que todavía no se ha hecho. Propongo como excepción perentoria este hecho también."

"Pero, a pesar de la claridad con que quedó propuesta esta excepción, el honorable Tribunal de Bogotá, en su fallo definitivo, no la analiza ni la menciona siquiera, y ésta la razón para que no pueda citar en ese alegato los pasajes de la sentencia o conceptos del Tribunal que motivan este cargo, por haberse omitido el estudio y con-

siguiente resolución de ese medio de defensa propuesto oportunamente."

No es procedente esta acusación por segunda causal, porque, como repetidas veces lo ha dicho la Corte, la incongruencia de un fallo no debe buscarse en la parte motiva sino en la resolutive, comparando ésta con las peticiones de la demanda; y es obvio que habiendo dicho el Tribunal en el punto tercero de la parte resolutive de la sentencia recurrida: "decláranse no probadas las excepciones propuestas por el ejecutante Pedro Pablo Vargas y el tercerista Elicerio Mancera"; quedó fallada la excepción a que aquí se refiere el recurrente. Ahora, si es que él se siente agraviado por creer que la referida excepción sí está probada en el expediente, pero que el Tribunal no apreció las pruebas que allí existen sobre este punto, la acusación debió haberse hecho por la causal primera y no por la segunda.

Primera causal.

Afirma el recurrente que en la sentencia recurrida "ha habido mala apreciación de las pruebas aducidas, y como consecuencia, ha sido mal aplicada la ley al caso del pleito."

"En efecto—dice—el debate se planteó desde un principio con el rechazo absoluto del documento del tercerista Alvarado, tachado de simulación, y tendiente tan sólo a hacer nugatorio el derecho que me fue cedido en forma regular.

Para demostrar esos hechos se acreditaron ampliamente en el plenario las circunstancias que los fundamentan, a saber:

"1° Las ejecutadas, al absolver las posiciones que les pedí oportunamente, confesaron que el objeto del documento que firmaron a Alvarado era el de aminorar o anular el crédito de Ramos, que yo persigó como su cesionario; luego el documento, mejor dicho, el contrato, no tuvo causa lícita, y carece de valor en presencia de la norma legal contenida en el artículo 1524 del Código Civil, desde el momento que su objeto era el de consumir una estafa, hecho inmoral e ilícito.

"2° La cuantía de los bienes que corresponderán a las ejecutadas en la sucesión de Samuel Nieto, según el avalúo pericial que fue debidamente aprobado, fue de \$ 7,00.00 (sic) moneda legal, y este avalúo fue considerado excesivo, pues nadie quiso hacer postura en el remate, como consta en autos (folios 17 y 66 del cuaderno principal).

"3° El honorario pactado con Alvarado por las pocas gestiones que hacen falta para la total terminación de la mortuoria de Samuel Nieto, fue de \$ 12,000, es decir, casi el doble del valor total de los bienes que corresponderán a las ejecutadas, y casi el cuádruplo de los que pertenecerán a la contratante Castro de Hernández.

"4° El contrato en cuestión fue elaborado dos años después de haberse dictado el mandamiento de ejecución contra las Castro, en el juicio de Luis Enrique Ramos, a quien hoy reemplazo.

"5° El convenio Alvarado-Castro se fraguó mucho después de haber perdido las ejecutadas las excepciones que propusieron para eludir el pago del crédito Ramos, y de haberse ordenado el remate de los bienes embargados para pagar mi crédito, actuación en que intervino directamente el mismo doctor Alvarado,

"6° Antes de fraguar el contrato que motejo, el mismo Alvarado atacaba como escandaloso e inmoral el contrato celebrado por Ramos por una suma seis veces inferior; alegaba que era monstruoso privar a las ejecutadas de lo poco que les correspondía en la sucesión para pagar tal crédito, y aducía como último recurso el "argumento de moralidad" de que las Castro iban a quedar en la miseria e indigencia más absolutas, si se reconocía el crédito de Ramos, hoy mío (folio 20, cuaderno de las excepciones).

"7° La respuesta de Tulia Castro de Hernández a la cuarta pregunta de las posiciones que absolvió a solicitud mía, y que quedó textualmente así:

'Al firmar el doctor Alvarado el documento de que se trata, tuve intención de obligarme a pagarle la suma a que el mismo documento se refiere, por valor de sus honorarios, aunque el valor que nos puede corresponder en la sucesión aludida, es **menor**.....' (me he permitido subrayar).

"Ante estas pruebas, el Tribunal ha debido conocer la simulación del contrato, y así declararlo.

"Pero el Tribunal—sigue diciendo el recurrente—optó por desconocer todo valor probatorio a mis pruebas para poder sacar adelante al tercerista Alvarado, y así las fue rechazando una a una, y luego todas en conjunto.

"El Tribunal, por consiguiente,—dice luego—incurrió en error de hecho notorio como consecuencia de la incorrecta apreciación de las pruebas, y violó las disposiciones del capítulo IV, Título II, del Libro 2°, del Código Judicial.

"Cada uno de los indicios estudiados y comprobados debidamente, es cierto que no constituyen prueba suficiente, pero coordinados y enlazados entre sí, y analizados en conjunto, constituyen la mejor y más altamente recomendable de las pruebas judiciales, y son suficientes para formar el criterio del juzgador."

"Considero—agrega—que las leyes aplicables han debido ser las concordantes del Código Civil, Libro IV, Títulos XX y XXI, artículos 191, 1806, 1807, 1504, 1524 y concordantes de la misma obra, en el Título II del Libro IV."

Se considera:

Trátase aquí de una serie de indicios, de los cuales aparece con fuerza el primero de los enumerados por el recurrente. En efecto: la segunda posición del pliego de cuatro de abril de mil novecientos veintinueve, presentado por la parte ejecutante en la segunda instancia, para que fueran absueltas por las ejecutadas, dice:

"¿Cómo es cierto que el documento de doce mil pesos de que se trata, firmado a favor del doctor Pedro Mario Alvarado, firmado por ustedes el día doce de junio de mil novecientos veintiocho, fue hecho con el único objeto de disminuirle o reducirle el crédito de Luis Enrique Ramos, en virtud de determinación de los señores doctor Alvarado y José A. Vélez, una vez que perdieron las excepciones que habían propuesto en el juicio ejecutivo, con el fin de no dejarle pagar a Ramos la suma a que ustedes se habían obligado?"

Ambas ejecutadas contestaron:

"Es cierto."

Pero para apreciar el alcance de esta respuesta y los elementos de convicción que pudieran influir en el ánimo del sentenciador, conviene considerar las respuestas

dadas a las otras posiciones, como, por ejemplo, a la cuarta y a la octava, que son de este tenor:

"4" ¿Cómo es cierto que ustedes no le firmaron ese documento al doctor Alvarado con el fin de pagarle la suma de doce mil pesos, sino con el fin de disminuirle el crédito de dos mil pesos de Ramos, porque a ustedes les disgustó que, además de haberlas ejecutado Ramos, hubiera vendido el crédito?"

Elisa Castro contestó:

"Es cierto que le firmamos al doctor Pedro Mario Alvarado el documento indicado, y para pagarle la suma allí expresada, y con el fin de disminuir el crédito de dos mil pesos de Ramos."

Tulia Castro contestó:

"Al firmar al doctor Alvarado el documento de que se trata, tuve intención de obligarme a pagarle la suma a que el mismo documento se refiere, por valor de sus honorarios, aunque el valor que nos pueda corresponder en la sucesión aludida es menor."

"8" ¿Cómo es cierto que por no tener otro objeto el documento firmado por doce mil pesos al doctor Alvarado el día doce de junio de mil novecientos veintiocho, que el de hacer disminuir o reducirle el crédito de dos mil pesos de Luis Enrique Ramos, no es exacto su contenido?"

Elisa Castro contestó:

"Es cierto que el documento hecho al doctor Alvarado tiene por objeto disminuir o no pagar el crédito de Ramos; pero el contenido del documento del doctor Alvarado es exacto en todas sus partes."

Tulia Castro contestó:

"El contenido del documento otorgado al doctor Alvarado es exacto, y también fue objeto de este documento, reducir el crédito de Ramos por dos mil pesos (\$ 2,000)."

De estas posiciones resulta incompatible la verdad de la causa de la obligación contraída por las ejecutadas a favor del doctor Alvarado, con el propósito de aquéllas de perjudicar al ejecutante, procurando impedir que pueda hacer efectivo enteramente su crédito contra ellas. Por consiguiente, si de las posiciones dichas no resulta que la obligación que hace valer el tercerista doctor Alvarado carece de causa real, no puede decirse que sea simulada.

Además, dados los elementos probatorios que suministra la presente causa con relación al cargo que se examina, es oportuno reproducir como fundamento de este fallo, en respuesta a dicho cargo, lo que sobre esta materia ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, a saber:

"Que en materia de simulación, puede decirse que los Tribunales proceden según su convicción, y la Corte no puede ir hasta allá para rectificar la convicción que se hayan formado." (Sentencia de 28 de marzo de 1901. *Gaceta Judicial*, XV, 142, 2°).

Que "el principio de que los Tribunales tienen amplias facultades para apreciar las pruebas del proceso, tiene, si cabe, mayor aplicación, tratándose de una prueba como la de indicios, ya que el estimar la gravedad de ellos y las relaciones que guardan entre sí, y el saber hasta qué punto el elemento conocido hace verosímil la existencia del hecho desconocido que se trata de probar, son operaciones que por su naturaleza pertenecen a la inteligencia y a la conciencia del Juez, y escapan, por consi-

guiente, a la revisión de la Sala de Casación." (Casación, octubre 6 de 1913. *Gaceta Judicial*, XXVI, 212, 1°); y

Que "la apreciación de indicios, suponiéndolos legalmente acreditados, es operación exclusiva del criterio y conciencia del juzgador, no sujeta, por lo mismo, al veto de la Corte como Tribunal de Casación." (Casación, octubre 10 de 1923. *Gaceta Judicial*, XXX, 350, 3°).

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, declara que no es el caso de infirmar la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el quince de julio de mil novecientos treinta.

Con costas a cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril once de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

En el juicio de sucesión de Mercedes Ortiz de Roncancio se verificó la liquidación de la sociedad conyugal constituida por el matrimonio de esta señora con Domingo Roncancio, y se hizo a la vez la partición de los bienes de aquella sucesión, por acto fechado el ocho de mayo de mil novecientos veintinueve. El cónyuge sobreviviente, Roncancio, objetó este acto por estas causales:

a) Que habiéndose designado en el pasivo de los inventarios un crédito en contra de la sucesión y a favor de Domingo Roncancio por la suma de doscientos cincuenta y siete pesos con ochenta centavos, por gastos de entierro y última enfermedad de la causante, crédito aceptado por todos los herederos, el partidor no lo reconoció a quien hizo esos gastos.

b) Que en la partida segunda del pasivo de los inventarios se incluyó un crédito en contra de la sucesión y a favor de los herederos por gastos del juicio de sucesión, crédito que ha debido reconocerse a favor de cada uno de los herederos, de acuerdo con los gastos que cada cual hubiera hecho, según los comprobantes que aparecen en el expediente.

c) En el mismo pasivo—partida 3ª—se incluyó un crédito en contra de la sucesión y a favor de Trino Medina, por la cantidad de \$ 2,700 e intereses, y el partidor, sin embargo de haberse aprobado los inventarios sin observación, no lo incluyó en la hijuela de deudas y gastos.

d) El partidor tiene la obligación de formar el lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas conocidas, so pena de las sanciones legales, y en el presente caso el partidor no formó esa hijuela, dejando así parte de aquel pasivo sin bienes con qué atender a su pago.

e) El partidor ha violado con estas omisiones, de manera expresa, los artículos 1343 y 1393 del Código Civil, al no señalar bienes suficientes para pagar la totalidad de los créditos relacionados e inventariados en el pasivo; por no haber señalado la cantidad que se debe pagar al señor Trino Medina, la que le corresponde al objetante por razón del crédito de la partida primera

del inventario, la que le corresponde por los gastos del juicio y la que corresponde al otro heredero por la misma causa.

f) Que el partidor, al liquidar la sociedad conyugal, no tuvo en cuenta el crédito de Medina, no obstante ser esta deuda de dicha sociedad, de conformidad con los artículos 1796 y 1821 del Código Civil, ni lo incluyó en la hijuela de deudas y gastos, con lo cual desconoció el derecho del acreedor y perjudica los intereses de mi poderdante, toda vez que aquél lo haría efectivo del cónyuge objetante y no de la sociedad conyugal.

El Juez declaró no probadas las objeciones formuladas al trabajo de partición, y lo aprobó.

Por apelación del objetante, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de fecha tres de mayo de mil novecientos treinta, confirmó el fallo de primera instancia.

El mismo litigante interpuso casación. Es admisible el recurso, el cual se basa en la primera causal.

Primer cargo:

"El Tribunal incurre en error de hecho notorio en la apreciación que hace de la hijuela de deudas de la partición, porque ella se adjudicó a ambos herederos en común, sin determinar cuánto corresponde a cada uno, lo que haría después imposible determinar la cantidad respectiva en un juicio de división, o se entendería que a cada uno de ellos le corresponde la mitad del bien adjudicado, con lo cual quedarían perjudicados los derechos de Domingo Roncancio, ya que a éste le corresponden, por razón del primer crédito inventariado, \$ 257-80; y en el segundo crédito lo que corresponde a los gastos que hizo en el juicio, y que ha debido liquidar el partidor, ya que el papel sellado se halla con la marca de quien lo suministró, y los recibos sobre honorarios, derechos de lazareto, etc., aparecen expedidos a favor de los respectivos enterantes."

Deduca el recurrente de este error acusado, la violación del artículo 1393, en armonía con el 1394 del Código Civil.

Se considera:

Los actos de partición, ya sean de herencia o de bienes sociales, contienen dos operaciones que son elementos esenciales: la liquidación y la distribución de los efectos partibles (artículo 1394). La liquidación comprende no solamente el ajuste de lo que se debe a una sucesión por terceros y de lo que ésta les debe, sino también la verificación de los créditos y deudas de los partícipes, ya respecto de ella, ya entre los mismos interesados; y por esta razón dispone el artículo 1394, que el partidor liquidará lo que "a cada uno de los coasignatarios se deba," y sobre esta liquidación se procederá a la distribución individual de los bienes, o sea a la formación de las hijuelas.

En la partición que se estudia echó en olvido el partidor hacer la liquidación individual de lo que se debía, tanto a Roncancio como a Brígida García de Ortiz, y formó la hijuela de sus créditos sobre un derecho pro indiviso de valor de \$ 587-80, adjudicado en común entre los dos acreedores, sin determinar el valor en que debía estimarse la cuota de cada cual, ya que sus créditos son desiguales, requisito que debe consignarse en el título mismo de cada heredero.

El cargo es fundado, pero afecta solamente una parte del fallo.

Segundo cargo:

Error de hecho en la apreciación de la diligencia de inventarios, practicada en este juicio de sucesión, en cuanto el Tribunal prescindió de tomarlos como prueba fehaciente, que respaldaba la inclusión del crédito a cargo de la sucesión y a favor de Trino Medina, por valor de \$ 2,700. Error también de hecho en la apreciación del documento privado de fecha primero de enero de mil novecientos veintiséis, en que consta el contrato de mutuo contraído por Domingo Roncancio a favor de Trino Medina, por la cantidad de \$ 2,700 y sus intereses.

La errónea estimación de los inventarios la hace consistir el recurrente en que tal crédito quedó incluido en el pasivo de los inventarios, a pesar de una objeción del apoderado de Brígida García de Ortiz, de no gravar la sociedad conyugal por tener fecha cierta posterior a la disolución de aquella sociedad, por razón de la muerte de la esposa de Roncancio. A pesar de esta manifestación, el crédito quedó incluido en el pasivo del inventario, lo que quiere decir que la objeción al crédito no fue aceptada por el Juez, conclusión que se confirma con el hecho de que los inventarios no fueron objetados por las partes cuando se les corrió el traslado y fueron aprobados por el Juez.

El error de apreciación del documento privado consiste, en sentir del recurrente, en que este instrumento privado, según se deja dicho, fue aceptado por los interesados, a pesar de la objeción, pues quedó incluido en el inventario. Una vez aceptado, deber era del partidor incluirlo en la liquidación de bienes de la partición.

Además—agrega el recurrente—el expresado documento tiene carácter de instrumento negociable, por ser un pagaré que reúne los requisitos del artículo 5º de la Ley 46 de 1923, puesto que se halla escrito y firmado por el que lo otorgó, o sea por el jefe de la sociedad conyugal; contiene una promesa incondicional y orden de pagar la cantidad determinada de dinero; debe ser pagado en una época futura fija y pagadero a orden del acreedor. Siendo instrumento negociable, tiene el carácter de auténtico y presta mérito ejecutivo, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley citada.

Por último, opone el recurrente el motivo de que el documento expresado tiene valor contra los herederos de Mercedes Ortiz, porque éstos no son terceros sino causahabientes de la difunta, y no les es aplicable, por tanto, la disposición del artículo 1762 del Código Civil, que fija como fecha cierta de un documento respecto de terceros, la del fallecimiento de alguno de los que han firmado. Otro es el principio aplicable, argumenta el recurrente, respecto de los sucesores, y es el consignado en el artículo 1836 del Código Civil, el cual dispone que los herederos de cada cónyuge gozan de los mismos derechos y están sujetos a las mismas acciones que el cónyuge que representan; y conforme con este principio está el artículo 1761 del Código Civil, que ordena que el documento 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 ha transferido los derechos y obligaciones de éstos.

Con relación al primer concepto del cargo, el recurrente acusa la violación directa de los artículos 254 de la Ley 105 de 1890; 1393, 1394 y 1016 del Código Civil.

Respecto del segundo concepto, invoca la violación del artículo 5º de la Ley 46 de 1923.

Cuanto a la tercera objeción a la sentencia, invoca los artículos 1836 y 1761 del Código Civil.

Se considera:

Dos requisitos exige el artículo 254 de la Ley 105 de 1890, para que el partidor pueda incluir en el lote de deudas los créditos a cargo de una mortuoria:

1° Que todos los coasignatarios reconozcan la legitimidad del crédito; o

2° Que el título que presente el acreedor sea uno de los que traen de por sí aparejada ejecución.

El crédito de Trino Medina no llena el primero de estos requisitos, porque en el acto de los inventarios el apoderado de la asignataria Brígida García de Ortiz declaró que "no admitía el crédito como de la sociedad conyugal, por tener fecha cierta posterior a la muerte de la causante. Tampoco le prestó asentimiento el Síndico del Lazareto, que prescindió de tomarlo en cuenta como elemento del pasivo para el efecto de la liquidación de los derechos de lazareto.

Por otra parte, el punto quedó resuelto en este juicio desde sus principios, con ocasión del incidente relativo a ciertas objeciones hechas a la liquidación de los derechos de lazareto hecha por el Síndico, por sentencia del Tribunal, que es ley del proceso.

El segundo concepto, que con el anterior forman el motivo de casación que se viene examinando, consiste en la acusación por error evidente de hecho en que incidió el Tribunal, por haber prescindió de estimar el mencionado documento como un instrumento negociable, carácter con que fue presentado por el acreedor en la diligencia de inventarios, por reunir los requisitos que para ser tal señala el artículo 5° de la Ley 46 de 1923, a saber: constar el crédito por escrito y estar el documento firmado por quien lo extendió, o sea, en este caso, el jefe de la sociedad conyugal; contener una promesa incondicional y orden de pagar una suma determinada de dinero a la orden del acreedor. Se halla, pues, comprendido en la expresada disposición de la Ley 46. Siendo instrumento negociable, tiene el carácter de auténtico y presta mérito ejecutivo con arreglo al artículo 4° de la misma Ley, y ha debido incluirse la deuda en la hijuela correspondiente ordenada por el artículo 1393 del Código Civil. Como el partidor omitió cumplir este deber, y el Tribunal, no obstante la ejecución que se opuso al respecto, lo desechó, violó por falta de aplicación el artículo 1339 del Código Civil y los artículos 1°, 4° y 5° de la Ley 46 de 1923.

Se considera:

El Tribunal se abstuvo acertadamente de considerar en la sentencia si el documento de Trino Medina tiene carácter comercial. Este motivo no se adujo en las objeciones formuladas a la partición por Domingo Roncancio. Este punto se discutió a porfía en la liquidación del impuesto de lazaretos y en fallos ejecutoriados de primera y segunda instancia, se declaró que el documento de Medina no es instrumento negociable.

Tercer cargo:

Error de derecho en la apreciación de la diligencia de inventarios judiciales, por cuanto dejó de estimar el Tribunal este documento auténtico, en el cual hay constancia de haber quedado incluido en el pasivo de la sucesión el aludido crédito, hecho tanto más innegable, si se tiene en cuenta que los interesados en la herencia no opusieron reparo alguno en el traslado que se les co-

rrió de aquella diligencia. Debió, por tanto, el partidor, aplicar el artículo 1016 del Código Civil, al hacer la liquidación general del haber de la sucesión, y respetar el referido crédito, incluyéndolo en la hijuela de deudas. Como el Tribunal, a pesar de la objeción opuesta al respecto, la desechó, incurrió en violación del artículo 1016.

Se considera:

Cierto es que la diligencia de inventarios es la base de la partición, y que las deudas que figuran en su pasivo deben tener hijuela en la partición. Ciertamente que en el caso presente el crédito de Medina, no obstante su desconocimiento por uno de los interesados, el Juez lo incluyó en el pasivo, probablemente estimando que el documento respectivo era título apto para la acción ejecutiva. Pero un suceso sobreviniente vino a modificar el valor del inventario, el cual fue la objeción que implícitamente hizo el Síndico del Lazareto a aquella inclusión, pues rehusó considerar el crédito de Medina como pasivo para los efectos de la liquidación del impuesto, y como esta abstención fue materia de controversia, la sentencia que recayó sobre el particular decidió que la expresada deuda no debía formar parte del pasivo de la herencia. Este fallo modificó *ipso jure* los inventarios en esta parte, y en este concepto bien pudo el partidor prescindir de proveer al pago de tal crédito, y el Tribunal aprobar el procedimiento.

Cuarto cargo:

Violación de los artículos 1343, 1375, 1769, 1805, 1821, 1833 del Código Civil. El recurrente acusa la sentencia por haber desconocido que la sociedad conyugal es responsable del pago del mencionado crédito, por haberlo contraído el esposo durante la existencia de la sociedad, pago que debe verificarse al hacer la liquidación y partición del haber social. No vale objetar que el documento no perjudica a los herederos por no tener fecha cierta, sino con posterioridad a la muerte de la cónyuge, porque otra es la conclusión que impone el artículo 1836 del Código Civil, el cual dispone que los herederos de cada cónyuge gozan de los mismos derechos y están sujetos a las mismas acciones que el cónyuge que representan, es decir, que el heredero no debe tener mayores derechos y cargas de las que tendría el causante si viviese.

Se responde:

El Tribunal no ha desconocido en parte alguna los principios que contiene el artículo 1836, ni tuvo ocasión de desconocerlos, porque la naturaleza de la litis que había de fallar era ajena a la cuestión que plantea el recurrente. En efecto, la parte de la sentencia que se examina dice:

"En cuanto a la tercera objeción, es evidente que el partidor incluyó el crédito contra la sucesión y a favor de Trino Medina, por la cantidad de dos mil setecientos pesos (\$ 2,700) e intereses, pero no podía ser de otra manera, porque este crédito no fue aceptado por todos los herederos en el acto del inventario, y antes, por el contrario, fue rechazado directamente por el apoderado de la heredera Brígida García de Ortiz."

Atrás se adujeron ampliamente las razones merced a las cuales el crédito de Medina no comporta una deuda de la sociedad conyugal constituida por Domingo Roncancio y Mercedes Ortiz.

En mérito de 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, decide:

1° Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el tres de mayo de mil novecientos treinta, en este juicio; en lo que se refiere a la hijuela de deudas, en la parte correspondiente a la adjudicación que se hizo en común a los dos herederos, sin determinar la cuota que en ella corresponde a cada uno de ellos.

2° En su lugar se ordena que el partidor rehaga el trabajo de partición en el término de treinta días, en lo que se refiere a la adjudicación de la hijuela de deudas de la sucesión, indicando la proporción o cuota que en ella corresponde a cada uno de los herederos; y

3° Sin costas en este recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, catorce de abril de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de Bogotá, el doctor Milciades Cortés, como apoderado de las señoras Mercedes Rojas, Blanca y Noemí González R. y de los señores Belisario Rojas y Teódulo González R., estableció demanda ordinaria contra Carlos S. Poveda, para que por sentencia definitiva, se hiciesen estas declaraciones:

"a) Rescindido por lesión enorme el contrato de permuta de que trata el numeral primero de esta demanda.

"b) Que como consecuencia de lo expuesto, el derecho de dominio y posesión del inmueble alinderado en la parte a) del numeral primero de este escrito, corresponde a mis mandantes, así como corresponde al demandado también el derecho de dominio y posesión del inmueble alinderado en el aparte b) del mismo numeral.

"c) Que el demandado, previa entrega del inmueble cuyo derecho de dominio le corresponde a virtud del fallo que dé fin a esta litis, o mediante la dejación de las respectivas llaves en poder del señor Juez fallador, si aquél se negare a recibirlo, queda condenado a entregar a mis mandantes dentro de seis (6) días siguientes a la notificación de la sentencia definitiva, el inmueble cuyo derecho de dominio les corresponde a éstos y se les reconoce en ella; y

"d) Que el demandado sea condenado en costas."

Fundó su demanda en los artículos 1946 a 1958 del Código Civil, y en los hechos siguientes, en los cuales están determinados los inmuebles a que las peticiones aluden:

"Primero. Mis mandantes transfirieron a título de permuta, al señor Carlos A. Poveda, por medio de la escritura pública número tres mil treinta y cuatro (3034), de cinco (5) de diciembre de mil novecientos veinticinco (1925), otorgada en la Notaría segunda (2ª) de este Circuito, y éste adquirió de aquéllos, al mismo título, los inmuebles que, respectivamente, se deslindan en seguida:

"a) El derecho de dominio en una casa baja, de tapia, bahareque, teja y paja, en el terreno sobre el cual está

edificada y en sus dos solares adyacentes, ubicado todo en el Municipio de Mosquera, distinguido en sus puertas de entrada con los números treinta y cuatro (34) y treinta y dos (32), de la carrera tercera (3ª), y con los números diez y siete (17) y diez y nueve (19) de la calle quinta (5ª) de dicha población, y encerrado por los siguientes linderos: por el Norte, con calle pública; por el Sur, con propiedad de Antonio Vargas; por el Oriente, con propiedad de Juan Gaviria, y por el Occidente, con calle pública.

"b) El derecho de dominio en un lote de tierra con sus mejoras, ubicado en la vereda de Las Mesitas de Santa Inés, jurisdicción del Municipio de Anolaima, deslindado así: desde un mojón de piedra, marcado con las letras L. M., que se halla en la orilla del camino real que conduce a Facatativá, siguiendo línea recta por la cabecera, a dar a otro mojón de piedra, marcado con las mismas letras L. M.; de aquí, siguiendo por una chamba abajo, en línea recta, a dar a un alto, colindando con terrenos de la hacienda de La Mesita y el molino de Los Tres Pasos, en cuyo alto hay una piedra grande, marcada con una cruz, y haciendo esquina con los terrenos dichos; de este punto, a dar a un mojón de piedra marcado con la letra B; de este punto a otro mojón que hay en la orilla de la chamba y el camino que conduce a Facatativá, el cual mojón está marcado con la letra R, y por ésta, chamba arriba, a dar al primer lindero.

"Segundo. El justo precio del lote que adquirieron mis mandantes como precio del derecho de dominio que transfirieron, es inferior en mucho más de la mitad del precio comercial, o justo precio del inmueble cuya propiedad transmitieron mis mandantes al demandado; y

"Tercero. Ninguno de mis mandantes, ni todos ellos, han transferido a persona alguna el derecho de dominio del inmueble que adquirieron y del cual se trata; ni lo han desmembrado ni gravado con anticresis, prenda agraria, hipoteca, censo, servidumbre, ni ninguno otro derecho real, y el demandado tampoco ha transferido el derecho objeto de esta litis."

Contestó el demandado rechazando las pretensiones del actor, y negando los hechos casi en su totalidad.

Después de haber sido reformada la demanda en punto no sustancial, siguió el juicio su curso y el Juez lo falló, absolviendo al demandado de todos los cargos de la demanda.

El Tribunal de Bogotá revocó la sentencia del inferior, y en su lugar decidió así el pleito:

"Declárase rescindido por causa de lesión enorme sufrida por los permutantes Mercedes Rojas, Blanca González, Noemí González, Belisario Rojas y Teódulo González, el contrato de permuta celebrado por estos señores con Carlos A. Poveda, y consignado en la escritura pública número tres mil treinta y cuatro (3034), otorgada en la Notaría segunda (2ª) del Circuito notarial de Bogotá, respecto de la casa de Mosquera, transmitida por los primeros, y la finca de Cachipay transmitida por el segundo.

"2º De acuerdo con el artículo 1948 del Código Civil, el demandado Poveda podrá a su arbitrio consentir en la rescisión decretada o completar el justo precio de la casa de Mosquera, con deducción de una décima parte. En consecuencia, concédesele el término de treinta días a partir de la notificación del auto que deba dictar el inferior, de acuerdo con el artículo 896 del Código Judicial, para que ante el Juez haga la respectiva manifes-

tación de persistir en el contrato, y pague la suma de mil doscientos noventa y un pesos sesenta centavos (\$ 1,291-60), diferencia existente entre ochocientos pesos, valor de la finca de Cachipay, y dos mil trescientos veinticuatro pesos (\$ 2,324) valor del justo precio de la casa de Mosquera, deduciéndole a este valor una décima parte.

"3° Transcurridos los treinta días antedichos, sin que el demandado Poveda haga uso del derecho que le confiere el numeral anterior, la rescisión decretada en el numeral primero quedará en firme, debiendo entonces proceder el Juez a ordenar la cancelación de los respectivos registros e inscripciones de la escritura pública número tres mil treinta y cuatro, otorgada en la Notaría 2° de este Circuito, el cinco de diciembre de mil novecientos veinticinco, cancelación que debe limitarse al contrato de permuta celebrado entre Mercedes Rojas, Blanca González, Noemí González, Belisario Rojas y Teódulo González, por una parte, y Carlos A. Poveda, de otra parte.

"4° Al quedar en firme la rescisión, Carlos A. Poveda restituirá a los demandantes nombrados la casa de Mosquera, y dichos demandantes devolverán a Carlos A. Poveda la finca de Cachipay; restituciones que deberán hacerse en el término de seis días, contados desde el siguiente en que venzan los treinta días de que habla el numeral segundo de esta sentencia.

"5° Niégase la declaración de dominio pedida bajo el aparte b) de las peticiones de la demanda reformada.

"6° Decláranse no probadas las excepciones perentorias alegadas por Carlos A. Poveda contra la acción; y

"7° Absuélvase al demandado Poveda de las costas del juicio, tanto de primera como de segunda instancia."

El apoderado del señor Poveda interpuso contra la sentencia anterior recurso de casación, que la Corte admite por reunir los requisitos legales, y procede a resolver, previo el estudio de la demanda respectiva.

Alega el autor del recurso las causales primera y segunda de casación.

Respecto de ésta dice lo siguiente:

"El Tribunal, en los numerales 2° y 3° desató dos cuestiones que no fueron objeto de la demanda.

"2° Que el demandado Poveda podrá a su arbitrio consentir en la rescisión decretada o completar el justo precio de la casa de Mosquera, con deducción de una décima parte. Que, en consecuencia, dentro de treinta días, contados como allí se indica, debe declarar si persiste en el contrato, caso en el cual pagará mil doscientos noventa y un pesos sesenta centavos, como diferencia entre ochocientos pesos valor de la finca de Cachipay, y dos mil cuatrocientos veinticuatro pesos, valor del justo precio de la casa de Mosquera, deducida ya la décima parte de este valor.

"3° Si transcurren los treinta días mencionados sin que Poveda haga uso del derecho preindicado, queda en firme la rescisión decretada, y el Juez debe ordenar la cancelación de los registros e inscripciones de la escritura de permuta, limitándola al contrato que ella contiene ajustado entre Mercedes Rojas, Blanca González, Noemí González, Belisario Rojas y Teódulo González, por una parte, y Carlos A. Poveda, de otra parte."

Lo decretado por la sentencia en los ordinales indicados no se pidió como acción por los demandantes, ni se

adujo como excepción por el demandado; el sentenciador falló así puntos que no han sido materia del litigio, y de consiguiente, la incongruencia aparece de manifiesto."

Considera la Corte que la declaración del derecho conferido al comprador por el artículo 1948 del Código Civil, fue hecha por el Tribunal, en previsión de que se ejecutara la sentencia de rescisión, sin dar tiempo a que el comprador pudiera hacer uso de la facultad que la ley le otorga.

Fue una declaración favorable al demandado para darle tiempo a ejercitar una facultad que la ley le confiere, sin que esto implique la imposición de una obligación, desde luego que se trata de una opción que depende de su voluntad.

Esta Corte ha dicho en varias decisiones:

"La sentencia debe reconocer los derechos que al demandado corresponden en caso de que se declare probada la acción o derecho del demandante, aunque el demandado no lo haya pedido por vía de reconvencción. El demandado no tiene que pedir sino su absolución cuando no conviene en lo que solicita el demandante, y no tiene necesidad de solicitar expresamente la declaración de los derechos que le corresponden por la ley en caso de que se declare justificada la acción del demandante." (Véase también la sentencia de 7 de abril de 1913, en el tomo XXII de la Gaceta Judicial).

Dice el autor del recurso que los actores no demandaron la cancelación de los respectivos registros e inscripciones de la escritura pública número tres mil treinta y cuatro, ni que ella se limitara al contrato ajustado entre los González y Rojas, de una parte, y Carlos A. Poveda, de otra, con prescindencia de Manuel Tiberio González R., quien intervino como vendedor.

A este reparo se observa que la orden sobre cancelación del registro en nada altera los puntos de la litis **contestatio**, desde luego que es consecuencia inherente a la declaración de nulidad de un contrato, el que las cosas vuelvan al estado anterior, y, por lo mismo, desatado el vínculo contractual por sentencia firme, el registro de la escritura en que se hizo constar el contrato queda sin fuerza alguna, y el hecho material de la cancelación en los libros, es un deber del Registrador.

La limitación impuesta por la sentencia obedece a que la declaración de nulidad por lesión enorme no comprendió al señor Manuel Tiberio González.

Causal primera.

Copia el recurrente el siguiente paso de la sentencia:

"Pero se arguye que en el instrumento del contrato los transferentes de la casa de Mosquera, al reservarse un término dentro del cual pudieran entregarle a Poveda las hijuelas formadas en las respectivas sucesiones, demostraron que el indicado inmueble, lejos de pertenecerles, corresponde al patrimonio de las sucesiones ilíquidas de Tránsito Rojas de González y Felisa Rojas; y es principio universal de la ciencia jurídica, consagrado expresamente en nuestro Código Civil, que el tradente no transmite al adquirente más derechos que los que él mismo tenga sobre el bien que dice transmitir; si pues los autores de la demanda no habían adquirido a ninguna título el derecho de dominio sobre la casa de Mosquera, tampoco le transfirieron el mencionado derecho a la otra parte.

"El argumento se desvanece al considerar lo siguiente:

"Nuestro derecho positivo, siguiendo la doctrina tradicional del Derecho Romano, consagrada también en el Derecho chileno, a diferencia de la legislación francesa, establece por medio del artículo 1871 del Código Civil, que es válida la venta de cosa ajena.

"En el desenvolvimiento de esta doctrina, el legislador ha sido lógico. Como es sabido, en el Código colombiano la compraventa sólo produce obligaciones personales, y, por lo mismo, para que se efectúe la tradición del dominio del vendedor al comprador, es necesario otro acto jurídico distinto del contrato: la tradición de lo vendido.

"De esto resulta, en consecuencia, que como en la venta el vendedor sólo se obliga a dar la cosa vendida, y que cuando la da o entrega es cuando el comprador adquiere la propiedad de ella, éste no puede desconocer la validez de la venta, si averigua que la cosa vendida es de un tercero, porque el vendedor puede decirle que esto nada le importa, desde que entregue la cosa para que adquiera el dominio. Más claro: el vendedor puede contraer la obligación de transmitir la propiedad de una cosa ajena, y cumplirla, en virtud de arreglos con el dueño de ella, y si esto no se efectúa, y sin embargo el comprador ha recibido la cosa, mientras el verdadero dueño no le perturbe en el goce de ella, carece de derecho para obrar contra el vendedor."

Con relación a la parte transcrita, acusa el autor del recurso la sentencia por quebrantamiento de los artículos 740, 752, 753, 764, 765, 768, 1871, 1874, 1875, 2528, 2529 y 2532 del Código Civil unos por errónea interpretación y aplicación indebida al caso del pleito, y otros por haber dejado de aplicarlos.

Dice que en los párrafos transcritos de la sentencia, se destaca esta tesis neta de la Sala sentenciadora: basta que el vendedor entregue la cosa vendida al comprador, para que éste adquiera el dominio, aunque lo vendido sea ajeno.

Con esto violó, como se ha dicho, los artículos 753, 764, 765 y 768 del Código Civil, en relación con el 2528, con el 2529 y el 2532 ibidem, porque olvidó que el comprador de cosa ajena lo que puede es ganar por la prescripción ordinaria o la extraordinaria el dominio de que carece el tradente, según que el adquirente tenga la posesión regular no interrumpida por el tiempo que la ley exige, o la extraordinaria en su caso.

Igualmente, agregó, la sentencia quebranta el artículo 1871 del Código Civil, porque lo interpretó erróneamente y lo aplicó en el sentido de que la venta de cosa ajena tiene valor completo y absoluto, desde que el contrato se perfecciona, siendo así que en derecho, y por lo expuesto, no produce ni puede producir esos efectos.

Quebrantó también el Tribunal por falta de aplicación, concluye el autor del recurso, los artículos 1880 y siguientes del Código Civil, que determinan las obligaciones del vendedor y del comprador, por cuanto no paró mientes en que el contrato de venta de cosa ajena, al igual del de cosa propia, no hace sino dar nacimiento a las obligaciones recíprocas que la ley impone a los contratantes, y porque por el primero no se transfiere el dominio de que carece el tradente.

Considera la Corte que todos los reparos que se dejan resumidos en los apartes anteriores, estriban en el concepto de que el Tribunal sostiene que en la venta de cosa ajena el vendedor le transfiere el dominio de esa cosa al

comprador; pero un detenido estudio de las consideraciones de la sentencia, lleva la conclusión de que no es esa la tesis del Tribunal, que iría contra elementales principios de derecho.

En efecto: en el pasaje en que el Tribunal trata de los efectos de la venta de cosa ajena, expone el principio de que la venta sólo produce obligaciones personales, y que, por lo mismo, para que se efectúe la tradición del dominio del vendedor al comprador, es necesario otro acto jurídico distinto del contrato: la tradición de lo vendido. Luégo viene una disertación algo oscura, que pudo dar margen a que el recurrente entendiera lo que ha sido objeto de su acusación; pero luégo añade el Tribunal, aclarando su tesis:

"Más claro: el vendedor puede contraer la obligación de transmitir la propiedad de una cosa ajena, y cumplirla, en virtud de arreglos con el dueño de ella, y si éstos no se efectúan, y sin embargo el comprador ha recibido la cosa, mientras el verdadero dueño no lo perturbe en el goce de ella, carece de derecho para obrar contra el vendedor."

Este concepto sobre los efectos de la venta de cosa ajena, que son muy distintos de los de transmitir un dominio de que el vendedor carece, queda más neto en el aparte siguiente de la sentencia, que convence de que no es la tesis sostenida por el Tribunal la que el autor del recurso le atribuye:

"Por lo tanto, en la viabilidad de la acción rescisoria por lesión enorme, ninguna importancia tiene el que la cosa transmitida en propiedad sea de otro, porque si bien es cierto que la propiedad en semejante caso no se transmite con relación al verdadero dueño, salvo la ratificación prevista en el artículo 1874; sin embargo, no siendo condición, pero ni siquiera de la naturaleza de la compraventa el que el vendedor sea propietario, no obsta la carencia del dominio a la perfección del contrato, y para que surjan de él las acciones que le son peculiares, como la de rescisión por lesión enorme."

Segundo motivo.

Acusa el recurrente la sentencia por error de derecho en la apreciación de las escrituras número 60, de quince de enero de mil ochocientos ochenta y nueve, pasada ante el Notario 2° de Bogotá, y la 3034, de cinco de diciembre de mil novecientos veintiséis, y violación consecutiva del inciso 2° del artículo 1401 del Código Civil, y del artículo 1871 de la misma obra.

Explica este motivo en los términos siguientes:

"En el contrato ajustado entre los Rojas y González de una parte, y Carlos A. Poveda, de otra, no hubo permuta de cosa ajena, como lo afirma la Sala sentenciadora."

Demuestran este aserto los títulos de propiedad de la casa de Mosquera, que los permutantes Rojas y González dieron a Carlos A. Poveda en cambio del terreno ubicado en Las Mesitas de Santa Inés, del Municipio de Anolaima.

De los folios uno a siete, inclusive, del cuaderno de pruebas del demandado, en la primera instancia, obra la escritura número 60, de quince de enero de mil ochocientos ochenta y nueve, otorgada ante el Notario 2° de Bogotá, por la cual se protocolizó el juicio de sucesión acumulado de Adriano Rojas y Dolores Orjuela.

Allí aparece que en la partición respectiva, la casa de Mosquera se adjudicó, por partes iguales, a los herederos Tránsito Rojas de González, Felisa Rojas y Mercedes Rojas, o sea un valor de doscientos sesenta y seis pesos sesenta y cinco centavos para cada uno, en relación con el avalúo de ochocientos pesos, dado a toda la finca.

En la escritura número 3034, de cinco de diciembre de mil novecientos veinticinco, antes citada, en la cual se consignó el contrato que originó este litigio, título que en copia debidamente registrada corre de los folios uno a cinco, inclusive, del cuaderno número 1º, los permutantes Mercedes Rojas, Belisario Rojas, Blanca González R., Noemí González R., Teódulo González R. y Manuel Tiberio González R., derivan las cuotas y derechos en la casa de Mosquera, así, según resulta de los propios términos de esa escritura: Mercedes Rojas, por adjudicación que se le hizo en la sucesión de sus padres Adriano Rojas y Dolores Orjuela de Rojas; Blanca y Noemí González, por herencia de su madre Tránsito Rojas de González; Teódulo González, por herencia de su madre Tránsito Rojas de González, y por compra que hizo a Manuel Tiberio González de los derechos y acciones que correspondían a éste en la sucesión de su madre Tránsito Rojas de González; Belisario Rojas por herencia de su hermana Felisa Rojas, y Manuel Tiberio Rojas, por herencia de su tía Felisa Rojas.

De las voces de esta misma escritura y del contenido de la número 60 preindicada, se destaca este hecho cardinal para los fines del motivo en que me ocupo: que las sucesiones de Tránsito Rojas de González y Felisa Rojas están sin liquidar, y lo estaban con mayor razón cuando los contratantes Rojas, González y Poveda otorgaron la escritura 3034, que contiene la permuta entre ellos ajustada; y como los permutantes Rojas y González mencionados vendieron lo que en la casa de Mosquera les correspondía por herencia de aquéllas, y en tales sucesiones no se ha hecho partición ni adjudicación, no hay por donde deducir la venta de cosa ajena, desde luego que en los términos del inciso 2º del artículo 1401, tratándose de bienes herenciales, sólo ocurre cuando alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos." Es bastante a convencer del error del sentenciador el hecho de que la casa de Mosquera no se ha adjudicado en las sucesiones aludidas a un coasignatario distinto de los que contrataron con Carlos A. Poveda."

El error de derecho en la apreciación de las escrituras citadas consiste en haberlas estimado como prueba de que era cosa ajena la casa de Mosquera en la permuta en cuestión, y ese error condujo al sentenciador a violar el artículo 1401 del Código Civil y el 1817 ibidem, por indebida aplicación al caso del pleito.

Considérase:

El Tribunal interpretó la escritura de permuta en el sentido de que los Rojas y González dieron a Poveda, en cambio de la finca ubicada en las Mesitas de Santa Inés, un cuerpo cierto: la casa de Mosquera.

Y para contestar el argumento de que no pertenecía aún a algunos de los vendedores cuotas determinadas de dominio en dicha casa, por estar aún ilíquidas las sucesiones de las cuales derivaban sus derechos, puesto que pidieron un plazo para entregar a Poveda las hijuelas de adjudicación respectivas, razonó el sentenciador en el sentido de que sobre la base de que fuera cosa ajena lo permutado, no por ello estaban inhibidos los ven-

dedores para establecer la acción de rescisión por lesión enorme, siendo así que el contrato de compraventa produce derechos y obligaciones entre los otorgantes, y vale, aunque recaiga sobre cosa ajena.

Ahora, si como lo expone el autor del recurso, las sucesiones de las cuales derivaban sus derechos algunos de los permutantes sobre la casa de Mosquera, estaban ilíquidas cuando se verificó la permuta, no hay duda de que estos derechos, antes de la adjudicación, pertenecían a las sucesiones y no a los herederos, individualmente considerados, y entonces vendieron éstos cosa ajena, por lo que respecta a sus cuotas en la casa de Mosquera.

Motivos tercero, cuarto y quinto.

Incurrió el Tribunal en error evidente de hecho y en error de derecho, dice el recurrente, en la apreciación de las escrituras números 60, de quince de enero de mil ochocientos ochenta y nueve, y 3034, de cinco de diciembre de mil novecientos veinticinco, ya citadas, con lo cual quebrantó los artículos 752, 757, 1401, 1621, 1622 y 1868 del Código Civil.

El sentenciador, después de prolijo examen de la escritura de permuta, interpretó así la cláusula séptima, para llegar a la conclusión de que fue la casa de Mosquera, y no los derechos sobre ella, lo que dieron los Rojas y González al señor Poveda en cambio del predio de Las Mesitas de Santa Inés:

"Séptimo. Los permutantes han convenido en permutar dichos inmuebles así: los señores Rojas y González transfieren a título de permuta, al señor Carlos A. Poveda el inmueble de que se hizo relación en la cláusula primera de este instrumento (la casa de Mosquera), y todos los derechos y acciones que en él tengan, sin reservarse nada; por su parte este señor Poveda transfiere, a título de permuta también, por el inmueble citado, el dominio que tiene sobre el inmueble situado en Las Mesitas de Santa Inés, jurisdicción de Anolaima, demarcado como se dijo en la cláusula quinta de este instrumento."

"Esta relación demuestra hasta la evidencia que la parte constituida por los cinco señores Rojas y González transfirieron conjuntamente, y de manera principal, la casa de Mosquera como cuerpo cierto, y con ella todos los derechos y acciones que sobre la misma pudieran corresponderles. De manera que aquellos señores, además de los derechos y acciones transmitieron un inmueble determinado."

El recurrente explica este motivo de acusación de la siguiente manera:

"El hecho de que en la escritura dijeran esos señores que son dueños de la casa de Mosquera, y que la transfirieron a título de permuta al señor Carlos A. Poveda, no afecta en nada, ni desvirtuar puede, la calidad con que obraron en esa convención, como dueños únicamente de derechos y acciones en la finca, ya que la escritura número 60 en cita, es prueba inconcusa de que ella se adjudicó por partes iguales a los causantes de los vendedores, y que las sucesiones de dos de esos causantes están indivisas.

No está de más hacer notar que si bien es cierto que a Mercedes Rojas se le adjudicó en la sucesión de sus padres Adriano Rojas y Dolores Orjuela de Rojas la tercera parte de la casa de Mosquera, en la escritura 3034 obra también como heredera de su hermana Felisa Rojas, y que por lo que respecta a la parte de ésta en la

dicha casa, tanto Mercedes Rojas como Manuel Tiberio González son dueños de derechos y acciones, desde luego que la dicha sucesión no se ha liquidado. De suerte que no hay cómo remitir a duda que dos terceras partes de la finca pertenecen al patrimonio de sucesiones ilíquidas, en el cual los Rojas y González no tienen sino el derecho de dominio en abstracto.

Coligese de lo expuesto, que para que la mención que hacen los permutantes en cuanto a la procedencia del inmueble de Mosquera tuviera únicamente ese objeto, como lo entiende el Tribunal, sería preciso que las sucesiones mentadas estuvieran liquidadas; pero como así no ha sucedido, es fuerza convenir en que lo que Rojas y González entendieron vender fueron simplemente derechos y acciones, no un cuerpo cierto.

En error de hecho evidente incurrió, pues, la Sala sentenciadora, al no querer leer y entender lo que reza, tanto la escritura 3034 como la 60, y que sin esfuerzo aparece de su contenido.

En la apreciación de estas pruebas y en la de los certificados del Síndico del Lazareto y del Registrador de instrumentos públicos y privados de Funza, a que ya hice mención, erró de derecho el juzgador, al estimar los unos como bastantes para acreditar la venta de una cosa determinada, y al pasar en olvido los otros, que son fehacientes, a demostrar que las sucesiones de Tránsito Rojas de González y de Felisa Rojas no se han liquidado y partido.

Estos errores fueron causa de la violación de los artículos 732, 737 y 1401 del Código Civil, en cuanto nuevamente dejó de aplicarlos al caso del pleito. Sin estar partidos y adjudicados los bienes de las sucesiones de Tránsito Rojas de González y de Felisa Rojas, de los cuales hace parte la casa de Mosquera, los permutantes no son dueños sino del derecho de herencia que se les defirió por la muerte de aquellas señoras.

Proviene el quebrantamiento de los artículos 1621 y 1622 ibídem, de que el juzgador hizo caso omiso de las reglas que esos preceptos contienen sobre la interpretación de los contratos; y el de 1868, porque no se detuvo a considerar que los Rojas y González no dieron en permuta sino la cuota que a cada uno pudiera corresponderle en la casa, pero no ésta como cuerpo cierto. El derecho de dominio que ellos tengan está vinculado a cuotas indeterminadas proindiviso."

Sobre la base del error de interpretación de las escrituras citadas, el recurrente acusa la sentencia por violación de los artículos 757, 669, 947 y 1948 del Código Civil; porque para las sucesiones ilíquidas, y únicamente para ellas, debió pedirse la rescisión del contrato por lesión enorme, exclusión hecha de la tercera parte, que pertenece a Mercedes Rojas, porque no puede remitirse a duda que el dominio y la posesión en concreto de la casa de Mosquera pertenece a esas sucesiones, y no a los contratantes Rojas y González.

Cierto dice, que en principio la acción corresponde a los contratantes, pero de allí no se sigue que el provecho o el efecto de una sentencia pueda serlo en favor del comprador o el vendedor, cuando, como aquí sucede, no es parte de su patrimonio la cosa materia de la convención.

En el mismo concepto de que lo permutado por los Rojas y los González no fue la casa de Mosquera sino los derechos y acciones que pudieran corresponderles en dicha casa como herederos de Tránsito y Felisa Rojas, arguye el recurrente que es jurisprudencia constante en

el país, que en la venta o permuta de derechos o acciones no hay lugar a la acción rescisoria por lesión enorme, dictamen que tiene su fundamento en que en tales casos no puede determinarse el precio real y efectivo de la cosa al tiempo del contrato, porque no conociéndose el pasivo, que por diversos motivos pueda afectar las herencias, los derechos y acciones constituyen una contingencia, en razón de que faltan los elementos precisos que permitan una apreciación justa y cabal de la cosa. Por consiguiente, el Tribunal ha violado los artículos 1947 y 1945, al decretar la rescisión a un caso que no la admitía.

Consecuencialmente considera que el Tribunal ha infringido los artículos 542 y 543 del Código Judicial, una vez que los actores no demuestran cuál es el valor de los derechos y acciones permutados, ni que el precio de la finca de Anolaima sea inferior a la mitad de lo que corresponda a los derechos y acciones que enajenaron a cambio de aquel inmueble. Error hubo también, concluye el autor del recurso, en la estimación de las probanzas, y particularmente en los dictámenes periciales, ya que los expertos no fijaron el precio que tuvieran los derechos y acciones de los actores en la casa de Mosquera, sino el del inmueble mismo, considerado como cuerpo cierto.

Considera la Corte que todos los cargos que se dejan expuestos tienen su fundamento en el error de hecho y de derecho, en que dice el recurrente incurrió el Tribunal al apreciar la escritura de permuta; para el Tribunal, los señores Rojas y González enajenaron la casa de Mosquera y la entregaron; para el recurrente, lo enajenado fueron los derechos y acciones en esa casa.

Ahora bien: la cláusula pertinente de dicha escritura dice así:

"Los señores Rojas y González transfieren, a título de permuta, al señor Carlos A. Poveda, el inmueble de que se hizo relación en la cláusula primera de este instrumento (la casa de Mosquera, señalada por su ubicación y linderos), y todos los derechos y acciones que en él tengan, sin reservarse nada."

En presencia del texto que se deja transcrito, no puede decirse que hubo error evidente de hecho en la interpretación de la cláusula, al afirmar el Tribunal que los permutantes enajenaron la casa de Mosquera como cuerpo cierto.

Si al hablar de la procedencia de la propiedad, que dijeron los otorgantes tener en dicha casa, expusieron que su derecho les venía de tales o cuales sucesiones, y se comprometieron algunos de ellos a entregar a Poveda las hijuelas de adjudicación respectivas, promoviendo al efecto, y llevando a cabo hasta su terminación, los juicios de sucesión de sus causantes Tránsito Rojas de González y Felisa Rojas, eso no quiere decir que el objeto de la venta fueran derechos hereditarios en esas mortuorias, sino, al contrario, una obligación de los vendedores de entregar completos los títulos de la casa que enajenaron.

No existiendo, pues, el error de hecho evidente en la interpretación del contrato, caen por su base todas las acusaciones fundadas en la existencia de tal error.

Por último, el autor del recurso alega que la sentencia arrebató arbitrariamente la propiedad que corresponde a uno de los vendedores en la casa permutada. En efecto: en la escritura 3034, Manuel Tiberio Rojas dispone a favor de Poveda de los derechos y acciones que le corresponden en la herencia de su tía, la señorita Felisa

Rojas, y como la sentencia decreta la rescisión en favor de los cinco demandantes, entre los cuales no figura Manuel Tiberio, y dispone que se restituya a éstos la dicha casa, resulta que los derechos que a Manuel Tiberio corresponden allí salen de su patrimonio y del de Poveda, por orden del Tribunal, para entrar al de los demandantes exclusivamente. De este modo quebranta la sentencia directamente el artículo 669 del Código Civil, al arrebatarse, sin razón justificativa alguna, el derecho de propiedad del uno o del otro de dichos señores.

Se responde:

La razón que tuvo el Tribunal para admitir la acción rescisoria, sobre la base de que se había enajenado un cuerpo cierto, sin que el señor Manuel Tiberio González figurara entre los promotores de la demanda, fue la siguiente:

"Pero esta alegación también parte de una base errada, pues el señor González, el contrato lo dice claramente, no intervino como los otros cinco vendedores, con ánimo de transmitir el inmueble, sino los derechos y acciones que le correspondieran en la sucesión de su tía Felisa Rojas. Tanto es así, que la cláusula primera de la escritura donde enumeraron los dueños de la casa, de él hace omisión completa; después aparece enajenando, pero únicamente derechos abstractos. De consiguiente, su participación en este juicio carecería de objeto."

No fue, pues, el señor González, en concepto del Tribunal, enajenante de la casa en unión de los demás otorgantes, y como la sentencia recae, no sobre derechos sino sobre un cuerpo cierto, la casa de Mosquera, ella nada tiene que ver con quien no intervino en el contrato referente a esa casa.

Ahora: el hecho de deshacerse el contrato entre los que en él intervinieron, y el que las cosas vuelvan al estado anterior, en nada afecta los derechos que terceros puedan tener sobre la casa que fue materia de la permuta.

En razón de 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, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal de Bogotá el diez y nueve de septiembre de mil novecientos treinta, y condena al recurrente en las costas del recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril diez y seis de mill novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de Guatemala, el señor Eduardo Medina V. demandó a los señores Maximiliano Fernández y Casimiro Forero para que, previos los trámites de un juicio ordinario se hiciesen contra ellos las declaraciones siguientes:

"Primera. Que soy dueño de un terreno situado en la vereda de Mutatea, de la jurisdicción del Municipio de Tensa, y demarcado así: por el pie, de un mojón al pie

de un tibaquín, a otro al pie de un caliche, linda con terreno de Domingo Vergara; por un costado, del anterior mojón a otro al pie de un tronco de sauz, sigue por un chorro arriba a otro al pie de un cajetero, linda con terreno de herederos de Santos López; por la cabecera del anterior mojón a otro, al pie de un cajetero, linda con terrenos de Basilia Martín, Anunciación Vega y Miguel Martín; y por el último costado, del anterior mojón al primero y encierra, linda con terrenos de mi propiedad y de Bernardo Gómez y Manuel Vallejo.

"Segunda. Que los demandados están en la obligación de restituírme dicho terreno, dentro del término que usted les señale, junto con los frutos naturales y civiles, y no solamente los percibidos, sino los que hubieran podido producir con mediana inteligencia y cuidado, de acuerdo con la estimación que hagan peritos designados en la forma legal.

"Tercero. Que los demandados son poseedores de mala fe, y por lo mismo, no tienen derecho a mejoras de ninguna clase, y que se me deben pagar las costas del juicio."

Citó en apoyo de su demanda los artículos 946, 947 del Código Civil, y los hechos siguientes:

"a) El terreno marcado en esta demanda era de propiedad de la señora Natalia Medina, quien lo adquirió por subrogación por otro terreno de su propiedad, que vendieron con licencia judicial durante el matrimonio con Santos López, como consta de las escrituras números sesenta y cinco y sesenta y siete, de fechas primero de marzo y diez de marzo de mil novecientos siete, respectivamente, y otorgadas ante el Notario de Tensa, escrituras que se encuentran debidamente registradas.

"b) El expresado terreno me lo vendió su dueña, señora Natalia Medina, por medio de la escritura número cuatrocientos treinta y tres, de fecha treinta de septiembre de mil novecientos diez, otorgada ante el mismo Notario de Tensa, y que también se halla registrada.

"c) El terreno fue inventariado en la sucesión de Santos López, y yo reclamé para que se excluyera de los inventarios, e inicié el juicio correspondiente el día tres de diciembre del año de mil novecientos diez, juicio que subió al Tribunal, y se desapareció, pues por más diligencias que he hecho, no he podido saber dónde se encuentra actualmente; y

"d) Los demandados son los actuales poseedores de dicho terreno."

Contestaron los demandados rechazando la demanda, asintiendo a unos hechos, negando otros, y opusieron las excepciones de cosa juzgada, excusión, la de acción o petición indebida y la de prescripción adquisitiva de dominio.

Denunciaron, además, el pleito a sus vendedores, de los cuales Santos y Juan Francisco López, heredero este último de Narciso López, se hicieron partes en el litigio.

El Juez del Circuito dictó sentencia absolutoria, y condenó en costas al actor.

El Tribunal de Tunja revocó el fallo del inferior, y en su lugar hizo las siguientes declaraciones:

"Primero. Declárase que Eduardo Medina V., mayor y vecino de Tensa, es dueño de un terreno situado en la vereda de Mutatea, de aquella jurisdicción, alinderado así:

"Por el pie de un mojón, al pie de un tibaquín a otro, al pie de un caliche, linda con terreno de Domingo Verga-

ra; por un costado, del anterior mojón a otro, al pie de un tronco de sauz, sigue por un chorro arriba a otro al pie de un cajetero, linda con terreno de herederos de Santos López; por la cabecera del anterior mojón a otro, al pie de un cajetero, linda con terrenos de Basilia Martín, Anunciación Vega y Miguel Martín; y por el último costado, del anterior mojón al primero, y encierra, linda con terrenos del demandante Eduardo Medina y de Bernardo Gómez y Manuel Vallejo.

“Segundo. Condénase a los demandados Maximiliano Fernández y Casimiro Forero, también mayores y vecinos de Tensa, como actuales poseedores del terreno alindado antes, a restituirlo a su dueño Eduardo Medina, dentro de los tres días siguientes a la notificación de este fallo.

“Tercero. Condénase a los mismos Fernández y Forero al pago de frutos, como poseedores de buena fe. La cuantía de aquéllos será estimada en juicio separado.

“Cuarto. Decláranse no probadas las excepciones de cosa juzgada, excusión, petición indebida y prescripción, propuestas por los demandados; y

“Quinto. No se hace condenación en costas.”

Contra esta última sentencia, el personero del demandante Fernández interpuso recurso de casación, que la Corte admite por reunir las condiciones legales, y procede a resolver mediante el estudio de la demanda respectiva.

Los esposos Santos López y Natalia Medina solicitaron y obtuvieron licencia judicial para vender un terreno denominado *El Guamo*, de la propiedad exclusiva de la cónyuge Medina.

Dicha licencia se les concedió el doce de noviembre de mil novecientos seis, con la condición de que el terreno que se pretendía vender fuese subrogado por otro de igual valor, cercano a la habitación de dichos cónyuges. Como, por ejemplo, el situado en *Mutatea*, jurisdicción de Tensa, de propiedad del señor Severo Roa, a que se ha hecho referencia, condición que se haría constar tanto en la escritura de venta como en la de compra.

El primero de marzo del año siguiente, el cónyuge Santos López compró por la suma de veintiséis mil pesos papel moneda al señor Aurelio López, un terreno situado en la vereda de *Mutatea*, expresando en la escritura que hace la compra del terreno para subrogarle a su esposa uno que le va a vender con la respectiva licencia judicial, por ser condición indispensable estipulada en ésta. Diez días después los esposos López y Medina, haciendo uso de la licencia, vendieron a Angel Mendoza Leguizamón, también por la suma de veintiséis mil pesos, el terreno de *El Guamo*, manifestando cumplir con esa venta el deber de subrogación que le impuso la licencia.

El pleito consiste en saber si el terreno de *Mutatea* era, a virtud de la subrogación, propiedad de la señora Natalia Medina, quien se lo vendió al demandante, o si entró a formar parte de los bienes de la sociedad conyugal, de la cual derivan sus derechos los demandados.

El Tribunal estimó que la subrogación se había cumplido, por haberse ajustado a todas las exigencias de la ley para ello.

“Satisfechas—dice—estas formalidades, no hay fundamento alguno para afirmar que si no hay prioridad de la venta, no se consuma el fenómeno jurídico de la subrogación, desde luego que la ley no la exige, que la realidad de las cosas indica que esa exigencia sólo serviría

para impedir operaciones ventajosas de venta y compra, reduciendo así o haciendo ilusoria la utilidad para la mujer, que es la causa justificativa de la subrogación; y que con el hecho de adquirir el bien que se destina a subrogar, con anterioridad a la venta del que debe ser subrogado, ningún perjuicio reciben los intereses de la mujer, ni los de la sociedad, ni los de terceros.”

El recurrente alega la primera causal de casación, y acusa la sentencia por varios motivos.

Expone que el Tribunal ha violado el artículo 1789 del Código Civil por errónea interpretación, pues “en el lenguaje jurídico, la subrogación de que habla el artículo 1789—ora por la acepción de la palabra o por la forma en que quedó expresado el querer del legislador—es un imperativo categórico que la venta del inmueble de uno de los cónyuges preceda a la compra del que ha de sustituirlo o reemplazarlo; que primero se quite el uno para poner en su lugar el otro (no siendo, naturalmente, el caso de *permuta*, en que el fenómeno es simultáneo). Precisamente, porque la ley no quiso que se entendiera por subrogación la simple equivalencia de un inmueble a otro; exigió un requisito *necesario* más, para establecer la precedencia que debe haber entre la venta del inmueble subrogado y la *compra* del inmueble subrogante. Por eso fue bien claro al decir:

“Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, es *necesario* que el segundo (el inmueble del cónyuge) se haya permutado por el primero (el subrogante); o que, *vendido el segundo* (el del cónyuge) durante el matrimonio, se haya *comprado con su precio* el primero; y que en la escritura de permuta, o en las escrituras de *venta y de compra* se exprese el ánimo de subrogar.”

Se explica bien por la idea confusa que el Tribunal tiene del vocablo *necesario*, que en el pasaje transcrito del fallo se hubiese atrevido a estampar la afirmación de que es indispensable que haya prioridad en la venta, porque la ley no la exige.

“*Necesario*, según el léxico castellano, es lo que *precisa, forzosa e inevitablemente* ha de suceder. En este sentido lo *necesario* se opone a lo *contingente*.”

Agrega que la consecuencia racional de la violación del artículo 1789 del Código Civil es el quebrantamiento de los artículos 27, 28 y 29 del mismo Código. En este extremo, la sentencia infringió los citados cánones de la ley, porque procedió en sentido contrario a aquel en que debió proceder; desatendió el tenor literal de la ley, no obstante la claridad en que está escrita, con pretexto de consultar su espíritu. Desvirtuó el sentido de las palabras empleadas por la ley en el expresado artículo 1789, y particularmente del fenómeno jurídico llamado subrogación; desatendió el tecnicismo del vocablo, y le dio un sentido que no es el que le dan quienes profesan la ciencia del derecho.

Considera la Corte que la tesis del recurrente se ciñe demasiado a la letra del artículo 1789 del Código Civil. Lo esencial en la subrogación de un inmueble perteneciente a uno de los cónyuges por otro que se compra con ese objeto durante la sociedad conyugal, es que el valor del uno queda representado en el otro; que haya un cambio de cosas, de manera que no quede menoscabado el patrimonio propio del cónyuge cuya propiedad se vende, ni el de la sociedad conyugal, en virtud de la compensación de valores. Cuando tal compensación no se verifica exactamente, la ley prevé el caso declarando a quién

corresponde el exceso o el defecto, artículo 1790 del Código Civil.

Ahora bien: puede comprarse por la sociedad conyugal un inmueble con el ánimo de subrogarlo a otro que sea propiedad de uno de los cónyuges y que se pretende vender, sin que ese ánimo implique subrogación, hasta tanto que no se realiza la venta proyectada, expresando también en la escritura el ánimo de hacer la subrogación, y efectuándose, por consiguiente, la compensación de valores y la sustitución de un inmueble por otro, sin que sufra en lo mínimo el patrimonio de la sociedad conyugal. Y aquí cabe expresar que por el hecho de manifestarse en la compra del inmueble que hace la sociedad conyugal el ánimo de subrogar, no por ello hay subrogación, pues ésta no se verifica sino cuando se realiza la venta del bien que va a subrogarse al comprado anteriormente, expresándose así en las escrituras, con lo cual desaparece el argumento del peligro de que hubiera dos inmuebles que pertencieran a un mismo tiempo exclusivamente a uno de los cónyuges: el propio y el que se comprara para subrogar a aquél. El artículo 1789 del Código Civil contempla el caso de que, vendido un inmueble perteneciente a uno de los cónyuges, durante el matrimonio, se compre con su precio otro para subrogarlo al primero. Y esa prescripción se cumple siempre que se lleve a cabo la inversión, sin parar mientes en que la venta del inmueble propio se verifique antes o después de la compra del que ha de reemplazarlo.

Arguye el recurrente que habiéndose adquirido el inmueble de Mutatea bajo el régimen de la sociedad conyugal de los esposos López-Medina, cuyo capital social manejaba el marido, tal finca entró a hacer parte del haber de dicha sociedad, conforme al ordinal 5º del artículo 1781 del Código Civil, disposición legal que ha sido quebrantada por el Tribunal; pues adquirido a título oneroso el susodicho inmueble por el marido, con fondos de la sociedad conyugal, fue ésta y no la cónyuge Natalia Medina la adquirente del predio. De modo que la sentencia violó flagrantemente el precepto legal citado, al desconocer el derecho adquirido por la sociedad de gananciales y declarar dueña del inmueble a la mujer.

Este argumento cae por su base si se atiende a que el inmueble de Mutatea se compró por el marido con el ánimo de subrogarlo por el de El Guamo, perteneciente a la mujer, en cumplimiento de la sentencia que dio el permiso de comprar este último bajo la condición de que fuese subrogado al primero. Y como la subrogación se realizó, desde luego que el precio de El Guamo entró a compensar el invertido en Mutatea, no era el caso de considerar como perteneciente a la sociedad conyugal un inmueble que en definitiva se compró con fondos pertenecientes a la mujer, aunque la sociedad hubiera anticipado esos fondos para asegurar la operación a que estaban obligados los cónyuges por la sentencia que les permitió la enajenación del predio de propiedad de la mujer, situado en el paraje de El Guamo.

Prescripción.

Los demandados opusieron la excepción de prescripción ordinaria; pero el Tribunal la desechó, por dos razones: por haberse interrumpido dicha prescripción en virtud de una acción judicial establecida por Eduardo Medina V., para que fuese excluido el inmueble de Mutatea de la sucesión de Santos López, y porque los testi-

monios aducidos para comprobar la posesión material que tuvieran los demandados sobre el predio materia de la prescripción, no están acordes en lo principal, que es el tiempo.

Se transcriben a continuación los fundamentos que el sentenciador tuvo para desechar la excepción:

"En el caso presente consta, tanto de la petición de pruebas hecha por el apoderado de los demandados, en escrito del catorce de diciembre de mil novecientos veintisiete, como de la contestación dada por éstos a la demanda; de la cuarta observación hecha por el partidor, en su memorial fechado el cuatro de mayo de mil novecientos doce, y de las constancias encontradas en los libros del Juzgado 2º del Circuito de Guatemala, visibles en copia en el cuaderno de pruebas del demandante en la segunda instancia, que éste inició y adelantó juicio ordinario de exclusión del terreno de Mutatea del inventario de bienes de la sucesión de Santos López. Como la acción de exclusión se realiza con audiencia de los herederos o de quienes los subrogan, es claro que con este juicio se interrumpió civilmente la posesión ejercida por los adjudicatarios en el terreno litigioso, ya que no se ha comprobado ninguno de los hechos de excepción, señalados en el artículo 2524 del Código Civil, y consecuentemente que no es dable a los demandados agregar aquella posesión a la que éstos hayan ejercido, de donde se sigue que sólo puede estimarse la última para lo relativo a la prescripción; y en cuanto a ésta, se tiene lo siguiente: para los efectos de la prescripción ordinaria no puede ser tenido en cuenta sino el tiempo de posesión material no interrumpida, ejercida por el prescribiente con posterioridad al registro de su título. En el caso actual se encuentra que el título del demandado Casimiro Forero, o sea la escritura número trescientos noventa y cuatro (394), otorgada ante el Notario de Garagoa el siete de agosto de mil novecientos catorce, fue inscrito en el Registro el día diez y nueve del mismo mes; y que los títulos del otro demandado, o sea Maximiliano Fernández, y que son las escrituras números doscientos sesenta y tres (263) y trescientos sesenta y dos (362), otorgadas en los días veintiséis de mayo de mil novecientos diez y nueve, y veintinueve de junio de mil novecientos veintiuno, entre los Notarios de Tensa y Garagoa, respectivamente, fueron registradas en su orden, el veintitrés de agosto de mil novecientos diez y nueve y el dos de agosto de mil novecientos veintiuno. De estas dos últimas fechas hasta el día quince de junio de mil novecientos veintisiete, en el cual se dio traslado de la demanda con que se inició este juicio, a Maximiliano Fernández, no alcanzó a transcurrir un lapso de diez años; de tal manera que aun cuando Fernández hubiese poseído durante todo ese lapso, esa posesión, no probaría la prescripción, por no haber alcanzado el tiempo que la ley determina para este fin. En lo que dice relación al excepcionante Forero, se advierte en el contenido de su título, la declaración del vendedor, de que el terreno era litigioso, y que si el resultado del pleito era adverso, devolvería el precio. Esta declaración indica que al tiempo de la venta aún estaba interrumpida civilmente la posesión, por lo cual el comprador entró a ejercerla con el mismo defecto, máxime cuando contrató con conocimiento de él; y como no es posible saber, por el extravío del expediente, cuándo cesó la interrupción, tampoco se puede apreciar desde cuándo está Forero poseyendo de manera continua, para deducir si se consumó o no la

prescripción. Aparte de este defecto, que por sí solo bastaría para declarar no probada la excepción, aun cuando hubiese testimonios de que ha poseído aquél por un lapso mayor de diez años, desde luego que los testigos no se refieren a la interrupción civil, existe la circunstancia de que los testimonios aducidos como prueba de aquel hecho, y que son los de Fidel López, Miguel Martín, Domingo Vergara, Enrique Gómez, Miguel Espejo y Manuel Medina, no están acordes en lo principal, que es el tiempo, porque Martín dice que los demandados han poseído de ocho a nueve años; Gómez, que ocho años; Medina, que algunos años, sin determinar cuántos; Espejo dice primero que ocho años, y luego que diez; López, que de nueve a diez años, y, finalmente, Vergara, que diez y seis años, es decir, remonta la posesión a tiempo anterior al título, de tal manera que, por esta disconformidad, no prueba la posesión por el tiempo necesario para prescribir."

Combate el recurrente la apreciación anterior, y sostiene que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente, porque al hacer la apreciación de las pruebas analizadas, confundió el hecho indicio de haber cursado un juicio en el Juzgado 2º de Guatemala, en que figuró como demandante Eduardo Medina, con el hecho sustantivo fundamental de haberse notificado legalmente la demanda, que debió dar origen a ese juicio, a los demandados. La conclusión que sacó la sentencia, al estimar aquellas pruebas, es opuesta a la que lógicamente debió haber sacado.

"Cometió error de hecho—sigue diciendo el recurrente—el Tribunal sentenciador también en la estimación de esas pruebas, porque les asignó en favor del demandante un alcance que no tienen, y, a la inversa, desconoció en favor de los demandados el mérito probatorio que—en lo pertinente—tiene el texto de la demanda con que se inició este juicio, la certificación del Secretario del Juzgado de Guatemala y la nota de presentación de la demanda con que reanudó Eduardo Medina su labor persecutoria del inmueble."

"Segundo extremo.

"Consecuencia forzosa de todo cuanto dejo expuesto en el precedente capítulo de acusación, es el error de derecho en que incurrió el Tribunal sentenciador en la apreciación de las pruebas con las cuales dio como establecido como hecho evidente que la prescripción alegada por los demandados fue **interrumpida** por el demandante. Aplicó, pues, con manifiesto error, el Tribunal de Tunja, los artículos 538, 539, 556, 589, 590 y 594 del Código Judicial, porque dio el valor de plena prueba a lo que fue un simple indicio; porque estimó que tales pruebas mostraron por sí mismas, o lo que es lo mismo, de manera directa, la verdad del hecho sobre que fundó su decisión; porque dio por confesado de parte de los demandados ese mismo hecho, o sea el de la interrupción de la prescripción, y porque refiriéndose todas esas pruebas a establecer la existencia de un mero indicio **no necesario**, sin ser vehemente, hizo la suma de **pruebas**, creyendo hacer la suma de **indicios**, o a la inversa, por querer sumar lo que estimó sumable como indicios, sumó los diversos elementos de prueba del indicio único."

Considera la Corte que del conjunto de los elementos probatorios que el Tribunal aduce en su sentencia, llegó

a la conclusión de que había cursado un juicio de exclusión de los inventarios de bienes de Santos López, referente al terreno de **Mutatea**, instaurado por el actual demandante Eduardo Medina V., necesariamente contra los herederos del causante, a quienes debió notificarse la demanda.

El recurrente sostiene que de todos esos hechos apenas podría sacarse la conclusión de que cursó un juicio de exclusión, pero no el hecho fundamental de que la demanda fue notificada, que es el fenómeno que interrumpe la prescripción; pero, como se ve, la conclusión que se saca de la prueba indicial es cuestión de criterio. Para el sentenciador, el hecho de que el juicio hubiera subido en apelación al Tribunal, implica que se habían cumplido todas las formalidades consiguientes a un juicio ordinario, entre otras, la notificación de la demanda a los demandados, y en lo referente a la apreciación de la prueba de indicios, en lo que atañe a la relación que existe entre los hechos conocidos con el que se trata de demostrar, no cabe error de hecho evidente, ya que esa relación depende del juicio y no del examen de los hechos. (Véase casación de 15 de diciembre de 1923, tomo XXX, página 251).

El autor del recurso sostiene que, aun admitiendo hipotéticamente, que estuviera probada la notificación de la demanda de exclusión, están demostrados también los siguientes hechos:

"1º Que Eduardo Medina—así lo afirma en el punto c) de la demanda—promovió juicio de exclusión del terreno de **Mutatea** de los inventarios de bienes de la sucesión de Santos López, el día tres de diciembre de mil novecientos diez.

"2º Que dicho juicio 'subió al Tribunal'—son palabras de la demanda,—enviado por correo de Guatemala a Tunja, según libro de recibo de correspondencia oficial del Juzgado remisor, el día tres de mayo de mil novecientos trece.

"3º Que, desaparecido o no el expediente respectivo en el Tribunal o en la Oficina de correspondencia, se introdujo con destino a Tunja, la fecha anterior, **tres de mayo de mil novecientos trece**, señala el comienzo de un lapso muy largo, durante el cual el demandante 'cesó en la persecución' del inmueble de **Mutatea**; y

"4º Que fue el treinta de junio de mil novecientos veintisiete (fecha en que fue introducida al Juzgado la nueva demanda que dio origen a este juicio), cuando Eduardo Medina volvió a insistir en la persecución del inmueble. Cesó, pues, el susodicho Medina en la persecución del predio tantas veces mencionado, durante un período de tiempo mayor de **catorce años**, transcurridos desde el tres de mayo de mil novecientos trece al treinta de junio de mil novecientos veintisiete."

Como consecuencia, concluye el recurrente, el Tribunal violó el artículo 2524 del Código Civil, porque está plenamente probado en autos que el demandante cesó en la persecución del inmueble por un período de tiempo mayor de tres años.

Considera la Corte que no puede afirmarse que el señor Eduardo Medina V., demandante, cesara en la persecución del inmueble materia de ese juicio, desde la fecha que el autor del recurso apunta; porque de los autos no aparece el curso que tomara la apelación; no

se sabe si el expediente fue recibido en el Tribunal de Tunja y si se ventiló el asunto en la segunda instancia, y por cuánto tiempo, ni en qué fecha se perdió el expediente. De las copias expedidas por la Secretaría del Juzgado de Guateque, aparece que en el libro de inventarios formado el año de mil novecientos quince, estaba todavía el expediente en el Tribunal.

La partida dice así:

"Número 24—El ordinario de Eduardo Medina contra los herederos de Santos López, iniciado el (no aparece la fecha), en el Tribunal Superior."

Por lo tanto, no cabe deducir que el sentenciador hubiera incurrido en el error de hecho evidente que el recurrente señala, y por lo mismo, que hubiera quebrantado el artículo 2524 del Código Civil.

Por último, alega el autor del recurso que el Tribunal quebrantó los artículos 749, 756, 759, 785 y 2684 del Código Civil, por cuanto no habiéndose registrado la escritura de venta del predio de El Guamo sino el año de mil novecientos veintisiete, y la de compra del de Mutatea el veinticinco de agosto de mil novecientos diez, la cónyuge Natalia Medina, a despecho de la subrogación, fue dueña simultáneamente del inmueble subrogante y del subrogado, durante diez y siete años, aproximadamente, así: del predio de Mutatea, desde el veinticinco de agosto de mil novecientos diez, en que se hizo el registro de la escritura 65 de primero de marzo de mil novecientos siete, y del predio de El Guamo, hasta el treinta y uno de mayo o marzo de mil novecientos veintisiete, fecha en que se inscribió la escritura 77, de diez de marzo de mil novecientos siete. Debido al quebranto de las disposiciones citadas, dice el autor del recurso, se dejó conducir el Tribunal al límite extremo que la ley quiso impedir expresamente, de reconocer que es preciso entender el artículo 1789 en términos tales, que por la subrogación se entiende esto: un medio habilidoso para acrecentar el patrimonio de aquella en perjuicio de terceros y de la sociedad conyugal.

A esto responde la Corte que por la circunstancia de haberse retardado el registro de la finca vendida por los cónyuges para subrogarla a la comprada antes, ningún perjuicio sufren ni la sociedad conyugal ni los terceros; no la primera, porque el precio erogado por la sociedad para la compra del primer inmueble, entró a ésta al vender el segundo inmueble, y quedó, por tanto, compensada la erogación. Tampoco sufren menoscabo los terceros, porque el inmueble perteneciente a la mujer está destinado a salir de su patrimonio, y si después de la venta por cualquier circunstancia se retarda la entrega o no se verifica, no hay perjuicio para los acreedores de la sociedad conyugal, que más bien se benefician con los frutos del inmueble que no haya salido aún del patrimonio de la mujer. Por consiguiente, desde el punto de vista en que se sitúa el recurrente, no cabe el reparo que hace a la sentencia por razón del registro tardío de la escritura en que consta la compraventa de El Guamo.

En razón de 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, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de Tunja el primero de julio de mil novecientos treinta, y condena al recurrente en las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial esta sentencia, y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen, después de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 479 de la Ley 105 de 1931.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Juan E. Martínez.

Considero que no se consumó jurídicamente la subrogación del inmueble de El Guamo por el de Mutatea.

Fue comprado éste con dinero de la sociedad conyugal, y días después fue vendido aquél.

Con arreglo al artículo 1789 del Código Civil, para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, es necesario que el segundo se haya permutado por el primero, o que, vendido el segundo durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el primero, y que en la escritura de permuta o en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar.

Del claro tenor literal de este artículo, se deduce que la venta del inmueble propio del cónyuge ha de preceder a la compra del inmueble subrogante, para que dicha compra se efectúe con el precio de aquella venta.

El procedimiento inverso trae consigo graves inconvenientes.

En el caso actual, ocurre preguntar a quién pertenecía el inmueble de Mutatea después de comprado por Santos López y antes de venderse la finca de El Guamo. Si en ese lapso pertenecía a la sociedad conyugal, resulta que, al ser vendida esta finca, el expresado inmueble de Mutatea se transpasó del patrimonio de la sociedad al de la cónyuge señora Medina, transpaso que me parece legalmente inaceptable durante la vigencia de la sociedad conyugal. Si pertenecía a la nombrada señora—tuvo ésta dos inmuebles propios a la vez, lo que es asimismo inadmisable—ya que semejante modo de obrar se prestaría a abusos, pues brindaría a un marido inescrupuloso el medio de sustraer los fondos de la sociedad conyugal a la persecución de los acreedores. Bastaría que los cónyuges difirieran la venta del bien que querían subrogar. (En el caso actual, el inmueble de El Guamo, vendido el diez de mayo de mil novecientos siete, sólo salió del dominio de la señora Medina el treinta y uno de marzo o mayo de mil novecientos veintisiete, en que se registró la escritura).

Se propugna el procedimiento inverso diciéndose que él llama obstáculos para lograr una buena operación, porque en la práctica de los negocios suele ofrecerse primero la oportunidad de adquirir el inmueble subrogante; pero es lo cierto, como observa un distinguido expositor del Derecho Civil colombiano, que en esta materia puede ser necesario negar facilidades a los cónyuges, con el fin de proteger legítimos intereses de terceros. Podría admitirse, si, una promesa de compra del inmueble subrogante antes de la venta del que se va a subrogar.

Si en mi concepto no hubo subrogación, el demandante carece de derecho para reivindicar.

Por esto salvo mi voto, muy respetuosamente, en la sentencia que precede.

Bogotá, abril diez y seis de mil novecientos treinta y dos.

Juan E. Martínez

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril diez y seis de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Por escrito que fue repartido al Juzgado 2° del Circuito de Popayán el dos de mayo de mil novecientos veinticuatro, el doctor Manuel Caicedo Arroyo, en representación de Inocencia, Raquel, Rebeca, Betsabé y María Cerón y Juana Cerón de Vergara, promovió demanda ordinaria contra la sucesión del doctor Juan Cerón, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones:

"1° Que la sucesión intestada del doctor Juan Cerón debe a mis poderdantes el valor de los gastos hechos por ellos en la alimentación y cuidados de su salud (del doctor Cerón), durante ciento sesenta y ocho meses últimos de su vida, hechos en esta ciudad, hasta que murió al cuidado de ellos, a razón de quince pesos oro mensuales.

"2° Que se incluya en los inventarios de la mencionada sucesión el crédito por alimentos a favor de mis poderdantes, por \$ 2,520.

"3° Que se obligue a la mencionada sucesión a pagar a mis mandantes los intereses corrientes, o por lo menos los legales sobre esa suma, desde el día de la muerte del señor doctor Juan Cerón.

"4° Que la dicha sucesión está obligada a pagar los costos y costas de este juicio."

Son hechos de la demanda:

"a) El doctor Juan Cerón falleció en esta ciudad el tres de diciembre de mil novecientos once, lugar de su domicilio, y donde radican sus bienes.

"b) La herencia del doctor Cerón fue declarada yacente, por auto de usted de diez y ocho de marzo de mil novecientos doce.

"c) Por ese mismo auto fue declarado curador de la herencia yacente el señor don Ulpiano Riascos, vecino de este Distrito en ese entonces, y quien oportunamente tomó posesión del cargo, previo discernimiento del mismo.

"d) El doctor Juan Cerón estuvo durante los últimos años de su vida perfectamente incapacitado para trabajar, incapacidad que duró por lo menos desde el año de mil ochocientos noventa y nueve.

"e) Esta incapacidad de trabajar le impedía subvenir por sus propios esfuerzos a sus necesidades de alimentación y abrigo.

"f) Mis poderdantes proveyeron al alimento y cuidados del doctor Cerón, durante catorce años o más, a contar desde el año de mil ochocientos noventa y nueve, cuidando personalmente de su salud, suministrándole alimentos y medicinas, todo con dinero de ellas mismas.

"g) Que el doctor Juan Cerón no retribuyó durante su vida esos servicios, no obstante su voluntad de hacerlo."

Señalóse como representante de la herencia demandada al Municipio de Popayán, como heredero declarado del doctor Juan Cerón, y corrido el traslado de la demanda al Personero de dicho Municipio, ese funcionario la contestó, oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas por las demandantes.

El Juzgado falló el pleito el veinticuatro de mayo de mil novecientos veintinueve, absolviendo al Municipio de los cargos de la demanda.

Por apelación concedida a la parte demandante, subió el negocio al Tribunal Superior de Popayán, quien falló el recurso en sentencia de primero de julio de mil novecientos treinta, en la cual "declara probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido, y en tal sentido se absuelve al Municipio de Popayán de los cargos de la demanda."

La parte demandante interpuso el recurso de casación, que le fue concedido por el Tribunal.

Es admisible el recurso.

Alega el recurrente las causales primera y segunda de la Ley 169 de 1896, y con relación a esta última, dice en el capítulo 1° de su alegato:

"Causal segunda.

"Comienzo por esta causal por ser de procedimiento, y porque el rigor de la lógica indica que se va ya de la superficie al fondo de las cosas.

"Apoyo esta causal en los siguientes motivos:

"1° Haber resuelto la sentencia sobre un punto que no fue objeto de la controversia; y

"2° Haber dejado de resolver sobre los puntos que fueron objeto de la controversia.

"En efecto: en cuanto al primer motivo, es patente que el Tribunal de Popayán resolvió sobre un punto que no era materia del debate, desde luego que declaró probada la excepción de petición de modo indebido, sin haber sido alegada por la contraparte y sin ser el caso de la facultad que confiere a este respecto el artículo 51 de la Ley 105 de 1890. Conceptuó el Tribunal que..... 'pedir conjuntamente por distintas personas, como se ha pedido en el actual, una suma determinada de dinero en que se estiman los referidos gastos hechos en beneficio del causante, necesariamente implica, o que tales personas constituyen una misma entidad legalmente aptas para comparecer en juicio, o que tales personas sean acreedoras solidarias.....'

"Como se ve, no se estaba debatiendo la cantidad o proporción en que cada una de las demandantes era acreedora del doctor Cerón, desde luego que todas habían presentado la demanda por la cantidad total. Estando el deudor demandado por todos los acreedores y por el total de la obligación, es claro que el demandado no puede oponer la excepción de petición de modo indebido a que le da derecho el artículo 1568 del Código Civil, pues ésta tiene lugar cuando uno solo o más, pero no todos los acreedores demanda por el total de la obligación o por más cuotas de las que les corresponden.

"En cuanto al segundo no hay que decir mucho para demostrarlo, pues basta considerar que habiendo las demandantes pedido que se declarara que la sucesión del doctor Cerón les debía los alimentos suministrados, y otras declaraciones, y no habiendo la sentencia resuelto nada sobre estos puntos, a consecuencia del primer motivo, es claro que incurrió la sentencia en el segundo de los motivos alegados."

Observa la Corte que, si como lo afirma el recurrente, el sentenciador ha declarado probada una excepción perentoria que no está justificada en el proceso, sea por una errónea apreciación de los hechos, o por indebida aplicación de la ley al caso del pleito, ello no da lugar a casar la sentencia por la segunda de las causales de casación, pues en tales casos lo procedente sería alegar la primera de dichas causales, no la segunda.

Primera causal.

El doctor Carmelo Saladén, apoderado de la parte recurrente, alega en apoyo de esta causal, que el Tribunal de Popayán viola los artículos 1568 y 1583 del Código Civil y 462 y 787 (incisos 4º y 5º) del Código Judicial, vigente en esa época, con los siguientes conceptos consignados como fundamento de la sentencia recurrida:

"Pedir conjuntamente por distintas personas, como se ha pedido en el actual, una suma determinada de dinero en que se estiman los referidos gastos hechos en beneficio del causante, necesariamente implica, o que tales personas constituyen una misma entidad legalmente apta para comparecer en juicio, o que tales personas sean acreedores solidarios."

"Pero el caso presente no hace viable la acción en la forma en que se ha ejercitado a la luz de ninguna de las disposiciones que se insertan, pues ni siquiera se ha pedido la cantidad en referencia como distribuable por iguales partes entre los presuntos acreedores."

"La petición en referencia resulta formulada, por lo tanto, de manera indebida, y la naturaleza que tal acto reviste por su carácter, a la vez perentorio y dilatorio."

Para sustentar el cargo en lo referente a los artículos 1568 y 1583 del Código Civil, dice:

"De lo transcrito resulta que la sentencia establece un principio absolutamente contrario al contexto de los artículos citados, pues niega acción a los acreedores de una acción divisible para demandar unidos la obligación total, cuando lo que dicen los artículos es que cada acreedor no tendrá derecho sino a su cuota."

"Según los artículos citados—sigue diciendo—en el caso de que hay varios acreedores de una obligación divisible, cada uno de ellos no tendrá derecho a demandar sino su cuota, es decir, que puede presentar su demanda individualmente o separadamente, exigiendo su cuota; pero es claro que si todos los acreedores instauran la demanda unidos, tienen derecho a exigir el total de la obligación."

"La clasificación de las obligaciones en divisibles e indivisibles, se basa en la divisibilidad e indivisibilidad del objeto de la obligación. De tal manera que siendo una sola la obligación, el mismo vínculo, el mismo título, aunque sean varios los acreedores, tienen derecho a demandar, si lo tienen a bien, unidos, es decir, formando una sola parte, el total de la obligación, aunque el objeto sea divisible. Me parece suficientemente demostrada la violación de los artículos 1568 y 1583 del Código Civil."

La Corte halla justificado este motivo de casación, y como él comprende todo el fallo, ya que éste tiene por único fundamento la indebida aplicación que en él se hizo de los artículos 1568 y 1583 del Código Civil al caso del pleito, la sentencia habría de invalidarse por este solo motivo, sin necesidad de entrar a considerar las otras acusaciones que hace el recurrente por interpretación errónea de los mismos artículos citados y por violación directa de los artículos 462 y 787, incisos 4º y 5º del Código Judicial; pero no hay lugar a proveer en este sentido, por cuanto la Corte, al dictar la sentencia de instancia que debiera reemplazar el fallo recurrido, llegaría a la misma conclusión, absolviendo al demandado de los cargos de la demanda, por las razones siguientes:

Como bien lo anota el señor Procurador General de la Nación, representante del Municipio de Popayán en el presente recurso, no se ha acreditado legalmente que dicho Municipio sea heredero del doctor Juan Cerón; pues aunque es verdad que al folio 38 del cuaderno de las pruebas producidas en primera instancia por la parte demandante, aparece copia de la parte resolutive de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal Superior de Popayán el veinticinco de agosto de mil novecientos veinticuatro, en el juicio ordinario propuesto por el Municipio demandado contra la herencia yacente del expresado doctor Cerón, declarando heredero de éste al referido Municipio, no hay constancia que ese documento ha sido registrado, como lo ordena el artículo 2652, en su ordinal 2º del Código Civil, circunstancia por la cual la copia de esa sentencia no hace fe en juicio, y por ende, no se la puede tener en cuenta como prueba de la personería sustantiva del Municipio demandado, excepción perentoria que habría de reconocerse fallando en consecuencia el pleito, tal como lo decide la sentencia recurrida.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve: no es el caso de infirmar la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Popayán, el primero de julio de mil novecientos treinta.

Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril diez y ocho de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Rafael Calvache, como representante legal de su mujer Orfelina Díaz y como jefe de la sociedad conyugal habida con ella, demandó la división de los siguientes bienes, situados en la ciudad de Pasto: una sala y un solar o huerto, con piezas, zaguán y corredores. Indicó estos linderos:

"Los de la sala o pieza, por el frente al entrar, con el patio de la casa y propiedad de los herederos del señor Vicente Salcedo y tienda de Julia Díaz; por el frente se entra desde la carrera 7ª, cuadra 8ª (barrio de San Francisco); por el costado derecho con propiedad de los herederos del señor Fernando Medina, paredes por medio; por el costado izquierdo, con propiedad de los mismos herederos y Carmen Rojas, paredes por medio, y por el respaldo con el solar o huerto cuyos linderos se indican en seguida, paredes por medio y con salida del mismo. Los linderos del solar o huerto que contiene las piezas, corredores, tienda y zaguán, que da salida a la calle 6ª, cuadra 8ª (barrio de San Andrés), son: por el frente al entrar, con tienda de Felipe Segovia y Susana Mideros, la calle 6ª, cuadra 5ª, por medio; por el costado derecho, con propiedad del señor Teófilo Ocaña, paredes por medio; por el costado izquierdo, con propiedad de los herederos del finado Fernando Medina y Vicente Salcedo, paredes por medio y con la sala o pieza alinderada an-

teriormente, y por el respaldo, con huerto de Carmen Rojas."

Calvache dirigió la acción contra los señores Efigenio, Luis y Julia Díaz y Ramón Zambrano, como marido de Zoila Díaz; y expresó como hechos:

"a) Que soy casado legítimamente con la señora Orfelina Díaz.

"b) Que a favor de la herencia del finado señor Salvador Díaz se declaró, por sentencia definitiva, el dominio de la mitad de los inmuebles de que trata la demanda de veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos veinticinco (1925), que son los que se dejan deslindados arriba; así como a la sociedad conyugal formada por mi esposa y por mí, se la declaró con derecho a la cuarta parte de la otra mitad de los mismos inmuebles, a la cual tenía derecho la señora Mariana de Jesús Guerrero.

"c) Que, como resultado de la liquidación de la sociedad conyugal de los señores Salvador Díaz y Mariana de Jesús Guerrero, se adjudicó a mi expresada esposa, legalmente representada por mí, los indicados inmuebles en su totalidad, lo que aconteció así en virtud de que, por no haber obrado en el juicio sobre liquidación de esa sociedad, los fallos judiciales que hicieron las declaraciones a que se refiere el punto b), no pudieron éstas ser tenidas en cuenta por el liquidador."

Al terminar el libelo expuso:

"Como consecuencia de los hechos anotados, los derechos que represento en los inmuebles cuya división demando, quiero que se concreten a la mitad y a la cuarta parte de la otra mitad, quedando lo restante distribuible entre los condueños que expresa la presente demanda."

Los demandados se negaron a la división, y Julia Díaz manifestó:

"Que me opongo a la pretendida división del señor Calvache respecto de los inmuebles y en la forma de que se habla en la demanda, en virtud de que hasta ahora su mujer ni él (Calvache) no tienen derecho a la mitad de ellos, tal como lo pide, por no haberse cumplido aún lo fallado en las sentencias de primera y segunda instancias del Juzgado 3° de este Circuito, y el Tribunal Superior, de diez y siete de agosto de mil novecientos veintiséis y veintidós de marzo de mil novecientos veintisiete, respectivamente, y según las cuales, además, no se puedan separar los inmuebles de los muebles de la sociedad conyugal Díaz-Guerrero."

Convertido el juicio en ordinario, el señor Juez 3° del Circuito de Pasto, en sentencia de veintiuno de mayo de mil novecientos treinta, decretó la división solicitada; y esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, mediante la suya, de veintiocho de enero de mil novecientos treinta y uno.

Ocurrieron en casación los demandados, y el recurso se admite por hallarse en las condiciones legales requeridas, en orden a la cuantía y a la naturaleza del asunto.

El apoderado de los recurrentes alega ante la Corte las causales primera y segunda del artículo 2° de la Ley 169 de 1896.

Para sustentar la segunda, se dice que en la demanda no sólo se pidió la división sino también que, como consecuencia de los hechos anotados en ella, se concretaran los derechos que creyó tener el demandante, en su do-

ble carácter de representante de su mujer y jefe de la sociedad conyugal Calvache-Díaz, a la mitad y a la cuarta parte de la otra mitad, quedando lo restante distribuible entre los condueños que expresó la misma demanda.

El fallo no tuvo en cuenta lo establecido por el artículo 835 del Código Judicial, según el cual la sentencia debe recaer sobre la cosa, cantidad o hecho demandados.

El Tribunal debió cumplir con el mandato de fallar sobre el punto dicho, "respecto de la cuota o cuotas que reclamó el demandante, ya declarando la forma en que se debía proceder a la división, que fue la pedida, y una vez que ordenó hacerla, porque no podía sustraerse al deber de fallar sobre los puntos demandados."

Esta falta del sentenciador causó agravio a la parte demandada, porque, de haberse resuelto el punto, se habría aclarado si la división se refería a las cuotas partes que vendió la señora Guerrero por la escritura número 265, de diez y seis de mayo de mil novecientos catorce, entre los cuatro compradores: Luis, Orfelina, Zoila y Julia Díaz, o si abarcaba todos los bienes que componían la sociedad conyugal Díaz y Guerrero, caso éste en que no había porqué separar los inmuebles de los muebles, dejando con ello un peligro a los demandados, consistente en tener que afrontar un nuevo juicio en que se discutiera la participación de los comuneros, en el extremo de que no se infirme la sentencia.

Se considera:

La acusación quiere decir que la sentencia dejó de fallar un punto que fue objeto de la controversia; pero el cargo es infundado.

El señor Calvache solicitó la división de los bienes, y ésta fue decretada en la sentencia del Juez, que el Tribunal confirmó.

El párrafo final del libelo de demanda, transcrito antes, no implica una nueva petición, sino que apenas manifiesta lo que, en concepto del demandante, comprenden los derechos por él representados: una mitad de los inmuebles y la cuarta parte de la otra mitad. Por consiguiente, no había porqué fallar expresamente sobre lo contenido en ese párrafo; fuera de que, con arreglo al artículo 1295 del Código Judicial vigente a la iniciación del juicio, en la demanda de un juicio divisorio sólo era dable pedir la división, con indicación clara del bien o los bienes y las personas entre quienes había de ejecutarse la división.

Respecto de la primera causal, el apoderado de los recurrentes expone que la sentencia del Tribunal, al confirmar la del Juez, en la cual se ordenó practicar la división de los bienes especificados en la demanda, violó el artículo 145 de la Ley 40 de 1907, porque a causa de una errónea interpretación de él, lo aplicó indebidamente al caso del pleito. En este artículo, el legislador consignó que el comunero tiene derecho de pedir la división de la cosa común para acabar con aquella unidad material sobre la que actúa un solo sujeto representado por varias personas llamadas comuneros, que son los que poseen derechos sobre el total y sobre cada una de las moléculas que componen la cosa común, sea universal, sea singular.

"El objeto de tal división—agrega el apoderado—es de repartir un todo, según los derechos de cada comunero, expresados por una o varias cuotas que componen un total. Los bienes que la demanda contiene indudablemente se remontan al origen, cual fue el de que perte-

necian a la sociedad conyugal de Díaz y Guerrero. Para tal fin son aplicables los artículos siguientes al 2335, siguiente al 145 de la Ley 40 de 1907, al cual acabo de referirme, y al decir en todo aquello que por ésta no se provea, se observarán las reglas de la partición de herencia, es lógico concluir que habiéndose liquidado, partido y adjudicado los bienes de las sucesiones Díaz y Guerrero, a que se refiere la demanda, no quedó comunidad ninguna que dividir, por tanto, se violó de manera directa la Ley que dejo citada."

Se considera:

El cargo no se halla redactado con la claridad deseable; pero da a entender que, por cuanto no hay cosa común que partir, no era el caso de aplicar el susodicho artículo 145 de la Ley 40, que reconoce el derecho de los comuneros a demandar la división.

En primer término debe observarse que la violación del artículo 145, de haberla, no sería directa, sino que vendría como consecuencia de errores evidentes de hecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de las pruebas, que lo indujeron a concluir que existe la comunidad de cuya división se trata; y la acusación no se ha presentado por el aspecto de tales errores.

En el segundo término, téngase presente que la sociedad conyugal de Salvador Díaz y Mariana de Jesús Guerrero se liquidó, y sus bienes, entre los cuales se hallaban los que ahora se intenta dividir, se adjudicaron a Orfelina Díaz de Calvache (folio 12 del cuaderno principal). Compaginando la hijuela formada a esta señora en las sucesiones de los mencionados cónyuges Díaz-Guerrero, con la venta que aparece en la escritura número 265, otorgada ante el Notario 1° de Pasto, el diez y seis de mayo de mil novecientos catorce (folio 19), ha sido como el demandante, el Juez y el Tribunal han deducido la existencia de la comunidad, reduciendo la venta, por lo que mira a los demandados, a las tres cuartas partes de la mitad. Ahora bien: si hay comunidad, hay también acción para dividirla, como precisamente lo establece el artículo 145 citado.

Alega también el recurrente que por parte del sentenciador hubo mala estimación de la prueba presentada por el demandante, que fue la referente a la sentencia del Tribunal sobre reconocimiento de la mitad de los bienes de la herencia de Salvador Díaz, "porque respecto de tal prueba, en su apreciación hubo error de derecho, por cuanto se contrarió al señalado por el artículo 1295 del Código Judicial, desde luego que éste impone el caso de que se proceda a la división cuando no sea por causa de sucesión."

Empero, no se descubre el apuntado error de derecho. El Tribunal de Pasto, en sentencia de veintidós de marzo de mil novecientos veintisiete, declaró el derecho de la herencia de Salvador Díaz a la mitad de los inmuebles, "en cuanto resulte a favor de dicho causante en la liquidación de la sociedad conyugal de éste con la señora Mariana de Jesús Guerrero," y declaró asimismo el derecho de la sociedad conyugal de Rafael Calvache y Orfelina Díaz a la cuarta parte de la otra mitad, que correspondía a la Guerrero, "con las mismas limitaciones que resulten de la liquidación de la sociedad conyugal de esta causante y Salvador Díaz."

Fue después de este fallo cuando se siguió el juicio de sucesión de los bienes de Salvador Díaz y de liquidación de la sociedad conyugal Díaz-Guerrero, y en él re-

sultó que la mitad de tales bienes pertenecía al marido y la otra mitad a la mujer, con lo cual quedó cumplida la especie de condición fijada por el Tribunal.

Una vez hecha a favor de Orfelina Díaz la adjudicación de los bienes de la herencia de Salvador Díaz y de los de la sucesión de la señora Guerrero, porque la mentada Orfelina era única hija legítima de ambos, desapareció la comunidad a título de herencia para surgir otra comunidad a diferente título entre la Díaz de Calvache, la sociedad conyugal Calvache-Díaz y los demandados, es decir, quedó constituido entre ellos el cuasicontrato de comunidad.

De aquí se desprenden dos consecuencias:

1° Que no hubo error de derecho en el Tribunal al apreciar la referida sentencia de veintidós de marzo de mil novecientos veintisiete, porque, poniéndola en relación con las otras pruebas aducidas, sacó la conclusión de que aquí se trata de una comunidad no hereditaria; y

2° Que, por lo mismo, era aplicable el artículo 1295 del Código Judicial, a la sazón imperante, ya que sin ser por causa de sucesión, había de procederse a la división de unos inmuebles comunes.

Al fin del memorial de casación toca el autor del recurso un punto enlazado con la representación que en este juicio ha ejercido Calvache respecto de los derechos de su mujer; mas la Corte no entra en el estudio de la cuestión, por no ser materia propia de la casación, de conformidad con la ley anterior, que es la que rige el recurso (artículo 1228 de la Ley 105 de 1931).

Tampoco investiga si en la sentencia recurrida hay errores distintos de los acusados, porque el remedio extraordinario de la casación—y esto nadie lo ignora—es de carácter estricto y taxativo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso de casación.

Sin costas, porque tres de los recurrentes están amparados por pobres.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril veintidós de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 2° del Circuito de Cartagena, el doctor Víctor J. Visbal, como apoderado de Cristina Alvarez, instauró juicio ordinario contra el señor Alejandro Dager, para que en sentencia definitiva se condenase al demandado a pagar a la demandante la suma de dos mil quinientos pesos oro legal.

Los hechos fundamentales de la demanda son:

1° Que el día diez y nueve de octubre de mil novecientos veintiséis, el señor Juan Dager, hijo de don Alejandro Dager, de diez y ocho y para diez y nueve años de edad, en ese entonces, manejando un automóvil en la Calle de los Dolores, como de cuatro a cinco de la tarde, por falta de prudencia, cuidado o esmerada diligencia para evitar

las resultas de ello, hizo subir las ruedas del automóvil que manejaba, precipitadamente, a la acera, donde mi poderdante iba, causándole la fractura de una pierna con la rotura de la epífisis de la tibia y magullamientos en las partes blandas.

"2° Que si el señor Juan Dager hubiera empleado la prudencia y cuidado, o no hubiera llevado el automóvil a velocidad (en este caso faltaba a la prudencia y cuidado) antes de hacer que las ruedas del carro subieran por la acera, por donde había visto venir la Alvarez, para salvar algún obstáculo que hubiera en la calle, ha debido parar el carro que manejaba, por lo que más de falta de esmerada diligencia en un hombre juicioso para evitar el daño (que hubiera evitado, si para el carro o va a poca velocidad), hubo falta de prudencia y cuidado, desde luego que hizo subir precipitadamente las ruedas por la acera donde mi poderdante estaba, o se le subieron por la velocidad en que venía.

"3° Que siendo este atropellamiento un delito, o culpa, si le faltó la intención de cometer el daño, es obligado el causante del daño, señor Juan Dager, a pagarle a la víctima Cristina Alvarez indemnización por el daño inferido, y en subsidio de él, su señor padre, don Alejandro Dager, por ser en ese entonces menor de edad, y vivir en la misma casa.

"4° Que por haberle causado el daño el señor Juan Dager, mi poderdante tuvo que someterse a una intervención quirúrgica en la Clínica del doctor Rafael H. Muñoz; a donde recurrió en beneficio de su propia salud y vida, y en vista de lo grave del daño inferido, permaneciendo en dicho hospital cuarenta días hospitalizada, por cuyos servicios y operación cobra el doctor Muñoz la suma de un mil quinientos pesos oro legal.

"5° Que por consecuencia del daño causado ha estado mi poderdante un año impedida para trabajar, y quizá lo esté un año más, para hacerlo remuneradamente como lo hacía antes del daño sufrido, por haber quedado dicho órgano en estado débil, y físicamente haber sufrido desperfectos en dicho organismo, y justo es que se le indemnice no sólo por el daño emergente y el lucro cesante, sino también por el desperfecto físico sufrido, fijando el valor de todo ello, especificado en este hecho, en la suma de un mil pesos oro legal.

"6° Que el señor Juan Dager, menor, de diez y ocho para diez y nueve años en ese entonces, vivía en la misma casa de su señor padre, don Alejandro Dager, y estaba bajo su cuidado.

"7° Que el señor Alejandro Dager, padre del menor Juan Dager, permitía que su hijo Juan, siendo menor, manejara automóviles y hasta hubiera sacado patente de chofer; luego su autoridad y cuidado como padre no se opuso a que manejara automóviles, pues ni se lo prohibió ni lo impidió ante la autoridad competente, luego es responsable de los daños que en el manejo de dicho vehículo cause su menor hijo."

El Juez de la causa, en sentencia de fecha cinco de julio de mil novecientos veintinueve, absolvió al demandado de los cargos formulados en la demanda. Por apelación del demandante, el Tribunal Superior de Cartagena, en sentencia fechada el trece de septiembre de mil novecientos treinta, confirmó la de primera instancia. El demandante interpuso casación. El recurso es admisible, y se funda en las causales primera y segunda de casación.

Segunda causal.

No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, por haber resuelto en ella sobre puntos que no han sido objeto de la controversia.

"El fallo incurrió en esta causal de casación—dice el recurrente—por cuanto resolvió un punto que no fue materia de la **litis contestatio**: el de si el demandado Dager es o no padre legítimo o natural del menor Juan Dager; tal hecho habría podido constituir una excepción o un motivo de nulidad de lo actuado por falta de personería, pero ni en una ni en otra forma fue expuesto por el demandado en su defensa; no tocaba, pues, al Tribunal absolverlo por un motivo que el mismo Dager no alegó en las instancias."

Se considera:

Según doctrina de la Corte, para estimar si existe o no esta causal, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutive del fallo; pero esta causal no llega ni puede llegar hasta entrar al examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo, para saber si son o no jurídicas.

Ahora bien: al confirmar en todas sus partes el fallo de primera instancia, la sentencia del Tribunal es plenamente absolutoria. A este respecto, la Corte tiene establecida la doctrina de que no es pertinente alegar la segunda causal de casación contra una sentencia absolutoria.

"El fallo plenamente absolutorio implica que el juzgador consideró todos los cargos de la demanda, y nada más que ellos, y los comprendió en la absolución; sin que pueda decirse que decidió sobre puntos no comprendidos en la parte petitoria de la demanda, o que dejó de resolverse sobre alguno de ellos. La segunda causal no cabe en tal caso." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo III, número 3644).

El cargo es, pues, manifiestamente infundado.

Primera causal.

Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, ya sea directa la violación, ya sea efecto de una interpretación errónea de la misma ley, ya de indebida aplicación de ésta al caso del pleito.

Primer motivo: violación de ley sustantiva.

"El Tribunal—dice el recurrente—violó los artículos 556 y concordantes del Código Judicial, y 34 de la Ley 169 de 1896, porque si bien es cierto, de una manera general, que el estado civil cuando es discutido no se prueba con la confesión de aquel a quien ese estado favorece, tal regla no puede tomarse al pie de la letra, por una parte, pues si se tratara de la prueba de un delito o culpa civil o criminal, la confesión entonces prueba ese estado; y por otra, en el presente caso, si bien las confesiones hechas por el demandado Dager tienen una relación remota y meramente adjetiva con el estado civil, no se refieren directamente a ese estado, que en ninguna forma ha sido impugnado, sino que comportan el reconocimiento expreso de una obligación civil de reparar un daño ocasionado por hecho no propio del demandado, pero de que éste es responsable directamente."

Más adelante agrega:

"Las actas del estado civil o las supletorias, se requieren inevitablemente como pruebas insustituibles, cuando lo que se discute en el juicio es ese mismo estado civil, o

algo que depende necesariamente de ese estado, como, por ejemplo, cuando se discute la filiación para saber si un hijo es o no legítimo, o para saber si tiene tales o cuales derechos en una sucesión."

Se refiere este cargo a la parte de la sentencia en que el Tribunal asienta esta conclusión:

"Hay que desechar la confesión hecha a este respecto por Alejandro Dager, y estimar que no se han hecho las comprobaciones del estado civil en la forma legal."

Se considera:

La confesión hecha por alguna de las partes con los requisitos que prescriben los artículos 556 del Código Judicial y 34 de la Ley 169 de 1896, es plena prueba, siempre que el hecho a que se refiera sea susceptible de ser probado por este medio. En el caso que se estudia, el punto cardinal de la litis se concreta en saber si Alejandro Dager está o no obligado a resarcir los perjuicios que Juan Dager causó a la demandante con los hechos a que se refiere el punto primero de los fundamentos de la demanda. Se reclama de Alejandro Dager el pago de tales perjuicios, fundándose, entre otras disposiciones, en el artículo 2347, inciso 2º, del Código Civil. De manera que para que prosperara la acción, era necesario que se comprobaran estas dos cosas: que Juan Dager era menor de edad a la época del accidente, y que Alejandro Dager es el padre de aquél. El estado civil de padre es en este caso elemento esencial para que exista la responsabilidad a que se refiere el artículo 2347 citado. En otros términos: esta responsabilidad es "algo que depende necesariamente de ese estado."

La Corte ha sentado, constante y reiteradamente, la doctrina de que "la confesión no es suficiente para establecer el estado civil de las personas; la ley no admite a este respecto sino determinada clase de pruebas." (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo II, número 778).

Por tanto, no viola la sentencia los artículos 556 del Código Judicial y 34 de la Ley 169 de 1896, y el cargo es infundado.

Segundo motivo: error de derecho. Segunda violación de los artículos 556 del Código Judicial y 34 de la Ley 169 de 1896.

"Acuso la sentencia—dice el recurrente—por error de derecho cometido por el Tribunal al apreciar la citada prueba de confesión, consistente ese error en que el Tribunal estimó que dicha prueba no era suficiente para echar sobre Alejandro Dager la obligación de resarcir el daño causado por su menor hijo Juan, porque, a juicio de aquella entidad, para llegar a ese resultado se requerían las pruebas específicas del estado civil."

La parte de la sentencia a que se refiere el recurrente, dice:

"Efectivamente: en los autos no obran las comprobaciones, conforme a la ley, del estado civil del carácter de padre que tenga Alejandro Dager del menor Juan del mismo apellido; pues han debido traerse las respectivas partidas de nacimiento y matrimonio, de donde se derive el vínculo de padre e hijo; por consiguiente, ante los ojos de la ley, no existe demostrado el carácter de padre legítimo que tenga el demandado del menor ya expresado."

"Y con esto cometió error de derecho—continúa el recurrente—porque no discutiéndose en el juicio si el señor A. Dager tiene o no tiene la calidad de padre legítimo o natural del menor Juan Dager, ni habiéndose impugnado en forma alguna la personería sustantiva de Dager como

padre del menor referido, no era el caso de exigir las actas o partidas de ese estado, siendo así que existían otras pruebas."

Se considera:

Atrás se ha visto que la responsabilidad del demandado Alejandro Dager no puede deslazararse sin la prueba de ser éste padre del menor que causó el daño. Tal responsabilidad deriva directa y necesariamente de aquel estado civil. Por consiguiente, era indispensable traer a los autos las pruebas específicas del estado civil o acreditar que no existían, para acudir entonces a la prueba supletoria, y esto no se halla acreditado en autos.

El recurrente sostiene que en el caso que se estudia se trata sólo de una personería meramente adjetiva que, como tal, puede acreditarse con la prueba de confesión. El recurrente refuerza su opinión con la siguiente doctrina de la Corte:

"En el juicio sobre indemnización de perjuicios que un individuo dirige contra el representante de una compañía ferroviaria, diciéndose ser padre del menor lesionado por el atropello de una locomotora, no se discute el estado civil del menor damnificado. El reclamante no demanda para el menor, derecho alguno proveniente del estado civil de éste, sino por razón de las heridas causadas por el vehículo. Aquí se trata solamente de una representación adjetiva, la cual queda bastantada con el hecho de que el demandado reconociera al demandante como padre del menor. La apreciación que el Tribunal haga sobre el carácter de la filiación (legítima o natural) del menor, no es materia de la *litis contestatio*." (*Gaceta Judicial*, tomo 28, página 146).

El caso resuelto en la doctrina copiada no es análogo al que se estudia en este recurso; pues aquí se trata de la personería sustantiva del demandado. Si la acción se hubiera intentado contra Juan Dager, autor del daño causado a la demandante, representado en la litis por Alejandro Dager, diciéndose de éste ser padre de aquél, la personería adjetiva del último quedaría bastantada con su propia confesión.

Tratándose, como se trata, de una personería sustantiva, como ya se demostró, la doctrina contenida en el fallo de la Corte, citado por el recurrente, no es procedente en este caso, y el cargo resulta infundado.

Tercer motivo: violación de la ley por aplicación indebida.

"Por las razones que he dejado expuestas en los dos puntos anteriores—dice el recurrente—y en el concepto de aplicación indebida al caso del pleito, violó el Tribunal las disposiciones de los artículos 346 y concordantes del Código Civil y 22 de la Ley 57 de 1887, que regulan todo lo relativo al estado civil, y dicen cómo debe probarse ese estado, por cuanto no discutiéndose en este juicio esa calidad de los demandados, no era el caso de aplicar tales disposiciones, como sí las aplicó el Tribunal, según se ve de las citas que hace en su fallo, de las consideraciones propias que emite y del resultado a que llegó."

Se considera:

Sobre lo esencial de este reparo, se ha dicho lo bastante al estudiar los dos primeros motivos alegados por el recurrente, y los artículos 346 del Código Civil y 22 de la Ley 57 de 1887, refuerzan las conclusiones a que ha llegado la Corte al respecto. Según la primera de dichas disposiciones, "el estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles." Ahora bien: cuan-

do se trata, como en el presente caso, de obligaciones que nacen del estado civil, "dicha calidad deberá constar en el registro del estado civil, cuyas actas serán las pruebas del respectivo estado" (artículo 347, Código Civil), o bien acompañando las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos sobre nacimientos, o matrimonios o defunciones (artículo 22, Ley 57 de 1887). Ninguna de estas pruebas se encuentra en los autos, y el Tribunal aplicó jurídicamente las citadas disposiciones al caso del pleito.

El cargo resulta, por tanto, infundado.

En mérito de 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, decide:

1º No es casable la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Cartagena con fecha trece de septiembre de mil novecientos treinta.

2º Son de cargo del recurrente las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril veintiséis de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juez del Circuito de Guatavita, Dioselina Acosta instauró juicio contra Filomena Prieto de Acosta para que se decretase la división ad valorem del siguiente inmueble:

"Una casa de rafa y teja, ubicada en el centro de la población de Sesquilé, y demarcada así: por dos costados, con calles públicas; por otro, con terreno de la señora Hortensia Prieto de García, hoy de sus herederos, dividido por paredes, y por otro, con solar del señor Antonio Cuesta, hoy de sus herederos."

Son hechos fundamentales de la demanda:

1º Que según consta en la hijuela número 227, tomada del juicio mortuario del señor Carpóforo Acosta, protocolizado en la Notaría de Sesquilé, la demandante es dueña de la mitad proindiviso de la finca cuya venta se pide.

2º Que de la otra mitad de la finca es dueña la señora Filomena Prieto de Acosta.

3º Que la indivisión perjudica a la actora.

4º Que por tratarse de una casa, la división material haría desmerecer la finca, y por lo mismo, los derechos que representan tanto la demandante como la demandada.

La demandada contestó la demanda en los siguientes términos:

"Niego el derecho que pretende tener la demandante a la mitad de la casa de que hoy soy dueña, porque no tiene, ni ha tenido jamás, derecho de propiedad alguno sobre dicha edificación, y me opongo, por lo mismo, a que se decreta la venta en pública subasta de mi finca."

En cuanto a los hechos los contesto así:

"Al primero: lo niego, porque la señorita Dioselina Acosta tan sólo tiene un crédito por valor de ciento veinticinco pesos, en que fueron avaluadas la mitad de las

expensas que la sociedad erogó para construir la casa, pero la hijuela que ha presentado no le da, ni puede darle jamás, derecho de propiedad sobre parte de la finca cuya venta ha pedido, puesto que si su causante jamás tuvo derecho de dominio sobre ella, con menos razón le podía transmitir a su heredera lo que no tenía."

"Al segundo: no lo acepto en la forma que se relata; pues, como he dicho, yo soy dueña exclusiva de la casa cuya venta se ha pedido."

"Al tercero: no lo acepto, porque a la demandante no le puede perjudicar una cosa que no existe ni ha existido, o sea la comunidad que alega."

"Al cuarto: lo niego, por cuanto si la demandante tuviera algún derecho de propiedad sobre la casa, ésta si admite cómoda y fácil división, sin desmerecer en nada."

Propuso, además, la demandada, las excepciones de ilegitimidad sustantiva de la personería de la demandante y de petición antes de tiempo o de modo indebido.

El Juez de la causa, en sentencia de veintitrés de agosto de mil novecientos veintiocho, desató el pleito así:

"Estas sencillas consideraciones son más que suficientes para que el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no decreta la división material de la casa, situada en el área de la población de Sesquilé, y alinderada en la parte motiva de este fallo."

"No hay condenación en costas."

Por apelación de la actora, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia que lleva fecha doce de noviembre de mil novecientos veintinueve, falló la controversia así:

"Por lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega la división demandada por Dioselina Acosta."

"Queda así resuelto el recurso de apelación y reformada la sentencia apelada."

La misma parte interpuso casación. El recurso es admisible, y se basa en las causales primera y segunda de casación.

Causal segunda.

La funda el recurrente en "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas por la demanda."

Primer motivo. Dice así el recurrente:

"En efecto: se pide en la demanda es la división ad valorem de una casa, y se considera y resuelve es sobre su dominio, cosa perfectamente diferente de lo que se demanda, violando expresamente el artículo 835 del Código Judicial."

"Las acciones de dominio tienen, conforme a la ley, su naturaleza propia, y son inconfundibles con otras, como la que se ejercita de división por venta de una casa; y en la sentencia no se resuelve sobre su división sino sobre su dominio, desconociendo de hecho el título de propiedad de la demandante, que reúne las condiciones legales para ser tenido como plena prueba de su derecho de propiedad en la mitad de la casa, violando por esta razón los artículos 1765 del Código Civil y 681 del Código Judicial; y porque se sentencia sobre una cuestión no propuesta ni demandada, que es ajena a lo pedido en la demanda, y de esta manera se viola también el artículo 837 del Código Judicial."

Se considera:

Unas breves consideraciones servirán para demostrar la ineficacia de este cargo. La afirmación de que en la sentencia se resolvió sobre el dominio y no sobre la división, está plenamente contradicha por la parte resolutoria de la sentencia, que dice:

"Por lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega la división demandada por Dioselina Acosta."

De acuerdo con la doctrina que al respecto tiene sentada la Corte en jurisprudencia constante, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutoria de la sentencia, para ver si se incurrió por el sentenciador en la segunda causal de casación; pero esta causal no puede llegar hasta entrar al examen de las consideraciones que han servido al juzgador como determinantes de su fallo, para saber si son o no jurídicas.

En cuanto a la afirmación de que la sentencia desconoció de hecho el título de propiedad de la demandante, se observa que esta acusación no cabe dentro del concepto de segunda causal sino de primera.

El cargo es, por ende, infundado.

El segundo y tercer motivo de acusación se cifran en que, según el recurrente, la sentencia recurrida desconoció el valor y fuerza legales que tiene el testamento del señor José Carpóforo Acosta y la adjudicación que en el juicio sucesorio de éste se hizo a la demandante. Cabe hacer a estos cargos el mismo reparo hecho al anterior, consistente en que no puede atacarse por segunda causal la apreciación que hubiera hecho el sentenciador sobre los títulos de propiedad de la actora. La acusación ha debido hacerse por primera causal.

El cuarto motivo de acusación lo funda el recurrente en estos términos:

"La sentencia acusada reforma de hecho la partición de los bienes de la sucesión del señor José Carpóforo Acosta, en el sentido de reconocer y asignar al cónyuge sobreviviente, señora Filomena Prieto de Acosta, demandada, el dominio sobre toda la casa a que se refiere la división solicitada; y al desconocer el derecho de dominio que tiene sobre la otra mitad de dicha casa la demandante señorita Dioselina Acosta, y reformar la sentencia ejecutoriada aprobatoria de la partición, viola con esto los artículos 673, 1387, 1388, 1401, 1405, 1409, 765, 779 del Código Civil y 831 del Código Judicial, que establecen que la reforma o la nulidad de una partición se hagan en la forma ordinaria y con expresa petición, y sea declarada por sentencia ejecutoriada, que debe reconocer un título legal mientras no sea declarado nulo dicho título judicialmente, y que la sentencia ejecutoriada debe cumplirse, funda la excepción de cosa juzgada y hace nula cualquiera otra sentencia posterior que le sea contraria."

Se considera:

Atrás ha quedado establecido, de conformidad con la doctrina que a este respecto tiene sentada la Corte, que para fundar la causal segunda de casación sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutoria del fallo recurrido, sin que pueda entrarse a analizar los fundamentos mismos de la sentencia para saber si están o no conformes con el derecho. La sentencia que se estudia no hizo declaración alguna de dominio a favor de la demandada, no contiene disposición sobre reforma o nulidad de la partición a que alude el recurrente. De otro lado, el re-

paro hecho por el recurrente, en cuanto afirma que la sentencia dejó de reconocer un título legal de la demandante, no se aviene con el concepto de segunda causal sino de primera, por cuanto implica error en la apreciación de las pruebas.

Este cargo resulta igualmente infundado.

Primera causal.

Error de hecho y de derecho. Esta causal la sustenta el recurrente en varios motivos de acusación.

Primer motivo:

"La sentencia del Tribunal—dice el recurrente—dejó de apreciar y resolver el hecho de que la contestación de la demanda y su correspondiente oposición fueron presentadas fuera de tiempo, o que no se contestaron oportunamente, o sea dentro del término de los cinco días del traslado; pues se notificó el libelo y se corrió el traslado a la demandada Prieto de Acosta, el día veinticinco de febrero de mil novecientos veintiocho, y fue presentado el escrito de contestación y oposición el diez y ocho de abril del mismo año, o sea casi dos meses después de la notificación; sin que valga alegar que aparece la nota de que fue devuelto a su tiempo; pues tanto el expresado escrito de contestación y oposición como la citada nota o informe carecen de fecha; y esa nota o informe no tiene valor, desde luego que no se hizo constar su fecha de presentación, ni los días hábiles que hubieran transcurrido posteriormente a la notificación y traslado de la demanda, como lo ordena la ley; y porque también fue rectificado ese informe con el que se encuentra en seguida sobre su devolución, de fecha diez y ocho de abril de mil novecientos veintiocho, quedando, por consiguiente, sin efecto alguno esa contestación y oposición a la demanda de división, que equivale a la aceptación por la demandada de la división ad valorem de la finca, violando el Tribunal en esta forma los artículos 419, 496, 507, 511, 837, 843 y 1296 del Código Judicial y 1º de la Ley 105 de 1890, por cuanto guardó silencio y dejó de resolver sobre una cuestión importantísima alegada, que decidía del asunto; y también porque dejó de aplicar las disposiciones anteriores, que eran las que correspondían al caso contemplado, por no haber alegado la demandada en tiempo el derecho que pudiera corresponderle."

Se considera:

En definitiva, este cargo lo concreta el recurrente en la violación del artículo 1296 del Código Judicial, en el concepto de que el Tribunal guardó silencio y dejó de resolver sobre esa cuestión alegada. Los otros artículos, que se dicen violados, no sirven para fundamentar el cargo de casación, ya porque unos son adjetivos, de mero procedimiento, ya porque otros no son pertinentes.

El artículo 1296 citado, preceptúa:

"El Juez dará traslado de la demanda a los demás condueños o comuneros, o a sus legítimos representantes, por el término ordinario, para que manifiesten si convienen o no en la división. El comunero que no conteste, o no lo haga del modo expresado, se entiende que conviene en la división."

El cargo, tal como lo formula el recurrente, no puede prosperar por el siguiente motivo: porque no está erigida en causal de casación la abstención de fallar sino cuando se deja de resolver sobre puntos que han sido objeto de la controversia, comprendidos en la *litis contestatio*

(causal segunda), o cuando el Tribunal se abstiene de conocer en asunto de su competencia, declarándolo así en el fallo (causal quinta). Si alguno de éstos era el caso contemplado, la acusación ha debido hacerse por aquellas causales y no por la primera. Además, el hecho de que el Secretario del Juez comisionado no haya puesto fecha a la constancia en que, como funcionario público, declara que la contestación de la demanda se hizo en tiempo oportuno, no quita la fe que debe dársele.

Segundo motivo:

"Acuso la sentencia—dice el recurrente—por el error de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal, al estimar que el lote de terreno a que se refiere la escritura pública número 193, de quince de agosto de mil ochocientos ochenta y nueve, otorgada en la Notaría de Sesquilé, es el mismo en que está edificada la casa materia de la división, y que se adjudicó a Dioselina Acosta en la sucesión de su finado padre José Carpóforo Acosta, según el título de hijuela registrado, número 227, de nueve de noviembre de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la misma Notaría de Sesquilé; siendo así que algunos de los linderos de uno y otro título son distintos, que no coinciden entre sí, y que no está comprobada su identidad en otra forma en el expediente. Y no se diga que el apoderado entonces de la demandante aceptó que la casa estaba edificada en terreno de la demandada; pues una cosa es el terreno y otra el título que acredita su dominio; que no se puede establecer por la confesión, sino con la correspondiente escritura pública, debidamente registrada, violando el Tribunal, en esta forma, los artículos 740, 745, 749, 756, 759, 1857 del Código Civil, y 543, 544, 682, 707, 836, 837 y 945 del Código Judicial, y artículo 19 de la Ley 92 de 1890."

Se considera:

Constituye esta acusación un punto nuevo, que no fue discutido por las partes en las instancias ni negado por la demandante en el curso del juicio. Según doctrina de la Corte, "es doctrina jurídica, que se deriva de la naturaleza especial del recurso de casación, y que ha sido establecida por esta Corte en numerosos fallos, la de que no pueden ser objeto de tal recurso cuestiones que no se hayan debatido en las instancias del juicio, y que en este recurso no pueden introducirse medios nuevos, o sea traer a discusión extremos que no han sido objeto del debate" (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo II, número 265).

"Los puntos que no fueron materia del debate en ninguna de las instancias del juicio, constituyen medios nuevos, que no pueden hacerse valer en casación" (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo II, número 262).

De manera que por este solo aspecto, la Corte no sólo considera inadmisil el cargo, sino que ni siquiera puede entrar a estudiarlo en el fondo:

Tercer cargo. Dice el recurrente:

"Al estimar el Tribunal en la sentencia que no hay comunidad de bienes entre la señorita Dioselina Acosta y la señora Filomena Prieto de Acosta, violó los artículos 145 de la Ley 40 de 1907 y 1295 del Código Judicial, por cuanto a que tiene un título de propiedad que la acredita dueña de la mitad de la casa y que se adjudicó la otra mitad a la señora Filomena Prieto de Acosta en la misma sucesión del señor José Carpóforo Acosta."

Se considera:

El artículo 145 de la Ley 40 de 1907, que se dice violado por la sentencia del Tribunal, consagra la acción de división para todo comunero. El derecho correlativo a la acción, es elemento indispensable para que ésta pueda prosperar. El Tribunal sentenciador consideró que en el caso que se estudia no existe comunidad entre la actora y la demandada en la casa cuya división se pide, apreciación ésta que no ha sido eficazmente atacada por el recurrente. Si el Tribunal, al estudiar las pruebas deduce que la demandante no es condueña en la finca cuya división se demanda, y absuelve, en consecuencia, a la demandada, no puede acusarse la sentencia por violación del artículo 145 de la Ley 40 de 1907, sino que ha debido acusarse por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, y violación consiguiente de las disposiciones legales sustantivas correspondientes.

"Aun cuando la sentencia pudiera acusarse por error evidente de hecho y aun de derecho en ciertos puntos, la Corte no puede considerar tales causales, si por este aspecto no hay acusación" (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo III, número 603).

El cargo, por tanto, resulta infundado.

Cuarto cargo: Lo funda el recurrente así:

"El Tribunal dejó de apreciar en la sentencia las pruebas de inspección ocular y la pericial, practicadas dentro del término legal de la segunda instancia, que comprueban plenamente que la casa, objeto de la demanda, no presenta fácil y conveniente división material; y que al ser dividida desmerece de valor; y también sobre el valor de dicha casa; y al dejar de estimar estas pruebas el Tribunal en su sentencia violó los artículos 733, 836 y 1302 del Código Judicial y 79 de la Ley 105 de 1890."

Se considera:

Las pruebas de inspección ocular y pericial, practicadas durante las instancias del juicio, tuvieron por objeto demostrar por ese medio si la casa cuya división se pide presta o no fácil y conveniente división material. El sentenciador hubiera tenido de apreciarlas al encontrar fundada la acción de la demandante para decretar, ya la división material, ya la división ad valorem. Mas cuando el fundamento capital de la sentencia absolutoria perdura por no haber prosperado la acusación que le dirige el recurrente, no pueden tampoco ser eficaces los demás reparos que no van encaminados contra la base principal del fallo, sino que serían consecuencia de aquel fundamento primordial.

En mérito de 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, decide:

1º No es casable la sentencia de fecha doce de noviembre de mil novecientos veintinueve, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá.

2º Son de cargo del recurrente las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril veintitrés de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Por conducto de apoderado, el señor Daniel Barrero instauró un juicio ordinario contra los señores Eliseo Orjuela y Pantaleón Sáiz, para obtener, en sentencia definitiva, las siguientes declaraciones:

"1° Que el señor Daniel Barrero B. ha adquirido por medio del instrumento número 24, de nueve de enero de mil novecientos veinte, otorgado ante el Notario del Circuito de Girardot y registrado en la Oficina de Registro de instrumentos públicos y privados de este Circuito, el dominio y propiedad del lote de tierras denominado *La Aurora*, jurisdicción del Municipio del Espinal, con todas sus mejoras de pastos artificiales, cercos de alambre, etc., etc., y que se halla distinguido por los siguientes linderos:

'Desde un mojón de madera *angarillo*, colocado en la esquina de las cercas del potrero de Belisario Gutiérrez; de aquí, en dirección Sur, y siguiendo por estas cercas medianeras, hasta otro, de madera de dinde, colocado en las cercas divisorias del predio de Daniel Barrero; siguiendo siempre la dirección que se trae, y por las cercas, hasta otro de palo de dinde, que es divisorio del predio de Francisco Escobar; de aquí, se vuelve al Occidente, siguiendo por donde existe un vallado, hasta encontrar el predio de los herederos del finado Ramón Teodoro Tello; de aquí, siguiendo por la línea divisoria del predio de dicho Tello, hasta encontrar un mojón de dinde clavado, donde principian las cercas de madera, en donde hay unos árboles cauchos, de hojas menuditas; y siguiendo por las cercas de madera de la familia Tello, hasta encontrar la esquina de las cercas de madera de los mismos Tellos; siguiendo ahora por las cercas de alambre del predio del señor Domingo Triana R., hasta encontrar un árbol guácimo que está en las cercas de alambre del vendedor; de aquí, línea recta, a otro de madera, puesto en la esquina que forman las cercas, en la línea divisoria de los terrenos del ejido del Espinal; de aquí, en dirección al Oriente, y por las cercas de alambre, hasta encontrar el primer mojón, de donde se partió.'

"2° Que mediante el registro del respectivo instrumento citado, se ha verificado a favor de mi poderdante la tradición del dominio del lote de terreno antes reclamado.

"3° Que los señores Eliseo Orjuela R. y Pantaleón Sáiz Ríos ocupan sin justo título el lote de terreno mencionado en el punto primero petitorio de esta demanda.

"4° Que como consecuencia de la posesión irregular, considerándolos como poseedor de mala fe, están en la obligación de restituir a mi mandante los frutos naturales y civiles del lote de terreno cuyo dominio demando, los cuales serán justipreciados por peritos.

"5° Que como consecuencia de la declaración de dominio que se haga a favor de mi mandante, se condene a Eliseo Orjuela R. y Pantaleón Sáiz Ríos, a hacer entrega a Daniel Barrero B., dentro del término de tres días, contados desde la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio, del globo de tierra reclamado en el punto primero petitorio de esta demanda, y por linderos allí expresados; y

"6° Que se les condene a pagar las costas del juicio."

Hé aquí los hechos de la demanda:

"1° Eliseo Orjuela vendió a Amalia Orjuela por medio del instrumento número 253, de tres de junio de mil novecientos nueve, otorgado en la Notaria del Guamo, y registrado el doce de julio del mismo año en la Oficina de Registro de este Circuito, el lote de terreno materia de esta demanda, con pacto de retroventa, y cuya acción no intentó dentro del término de cuatro años.

"2° Amalia Orjuela vendió a mi mandante el lote de terreno relacionado anteriormente y por medio del instrumento número 24 citado.

"3° Eliseo Orjuela y Pantaleón Sáiz Ríos entraron a ocupar de hecho y sin título alguno que justifique su posesión, el relacionado lote de tierra, y se han negado a desocuparlo.

"4° El instrumento público número 24, citado tantas veces, se halla debidamente registrado."

Admitió la demanda el señor Juez 1° del Circuito del Guamo, por auto de treinta de julio de mil novecientos veintiuno, y la corrió en traslado a los demandados.

El apoderado de éstos rechazó la acción deducida y dijo que si Eliseo Orjuela le otorgó escritura a Amalia del propio apellido, ella fue simulada o ficticia, y que Eliseo continuó en posesión de la finca hasta que la vendió a Pantaleón Sáiz. Además, a nombre de éste propuso la excepción de prescripción adquisitiva, ordinaria y extraordinaria.

El mismo apoderado presentó demanda de reconvencción, encaminada a lograr las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nulo el contrato de compraventa que reza la escritura pública número 253, otorgada ante el Notario del Guamo, el tres de junio de mil novecientos nueve, y registrada en la Oficina de Registro de instrumentos públicos de este Circuito, por la cual Eliseo Orjuela dijo vender a su hermana Amalia Orjuela el lote de tierras de *La Aurora*, jurisdicción del Espinal, con todas sus mejoras de pastos artificiales, cercos de alambre, alinderado así:

'Desde un mojón de madera *angarillo*, colocado en la esquina de las cercas del potrero de Belisario Gutiérrez; de aquí, en dirección Sur, y siguiendo por estas cercas medianeras, hasta otro de madera de dinde, colocado en las cercas divisorias del predio de Daniel Barrero; siguiendo siempre la dirección que se trae, y por las cercas, hasta otro de palo de dinde, y que es divisorio del predio de Francisco Escobar; de aquí se vuelve al Occidente, siguiendo por donde existe un vallado, hasta encontrar el predio de los herederos del finado Ramón Teodoro Tello; de aquí, siguiendo por la línea divisoria del predio de dicho Tello, hasta encontrar un mojón de dinde clavado, donde principian las cercas de madera, en donde hay unos árboles cauchos de hojas menuditas; y siguiendo por las cercas de madera de la familia Tello, hasta encontrar la esquina de las cercas de madera de los mismos Tellos; siguiendo ahora por las cercas de alambre del predio del señor Domingo Triana R., hasta encontrar un árbol guácimo que está en las cercas de alambre del vendedor; de aquí, línea recta a otro de madera, puesto en la esquina que forman las cercas, en la línea divisoria de los terrenos del ejido del Espinal; de aquí, en dirección al Oriente, y por las cercas de alambre, hasta encontrar el primer mojón, de donde se partió.'

"Segunda. Que al no ser procedente la declaratoria del punto anterior, se declare entonces que el pacto de

retroventa contenido en la precitada escritura número 253, de tres de junio de mil novecientos nueve, quedó cumplido, o cumplida la condición por parte del vendedor, habiendo reembolsado éste a la compradora Amalia Orjuela el precio de venta con la oportunidad debida, esto es, dentro de los cuatro años estipulados para el cumplimiento de dicho pacto; y consiguientemente que quedó resuelto de pleno derecho el contrato de compraventa al que se refirió el pacto de retroventa, habiendo por ello el vendedor recobrado el dominio de la finca vendida.

"Tercera. Que es nulo y de ningún valor ni efecto el contrato de compraventa que reza la escritura pública número 24, pasada ante el Notario del Circuito de Girardot, el nueve de enero de mil novecientos veinte, registrada en la Oficina de Registro del Guamo, por la que Amalia Orjuela de Cartagena dijo ceder a título de venta a Daniel Barrero B., un lote de tierra que dijo poseer en el punto denominado **La Aurora**, jurisdicción del Espinal, con todas sus mejoras, y bajo la demarcación ya expresada en el punto primero de esta parte petitoria.

"Cuarta. Que al no estimarse procedente la declaración anterior, se declare entonces que Pantaleón Sáiz Ríos tiene derecho como poseedor de buena fe de la finca raíz de **La Aurora**, a que se le abonen las mejoras que él adquirió allí, y las que haya puesto después, a justa tasación de peritos, y que entretanto tiene derecho para retener tal finca, hasta que se verifique el pago o se le asegure a su satisfacción.

"Quinta. Que en el remoto caso de declararse válido el contrato de venta que reza la dicha escritura número 24, de nueve de enero de mil novecientos veinte, se declare entonces rescindido, por lesión enorme, ese contrato de compraventa, por cuanto la vendedora señora Amalia Orjuela de Cartagena, recibió del comprador Daniel Barrero B., un precio inferior a la mitad del justo precio de la finca de **La Aurora** que vendió a este señor.

"Sexta. Que el demandado en esta demanda de reconvencción debe pagar las costas del juicio."

Los hechos de la reconvencción son éstos:

"1° La venta que hizo Eliseo Orjuela R. a su hermana Amalia Orjuela del lote de tierras del punto denominado **La Aurora**, jurisdicción del Espinal, por escritura número 253, otorgada en la Notaría del Guamo el tres de junio de mil novecientos nueve, fue meramente de confianza; pues Eliseo la otorgó con el propósito de librar dicha finca de las exigencias de los acreedores que lo tenían demandado, y también con el fin de darla a su dicha hermana como seguridad de una suma de dinero de cincuenta mil pesos papel moneda, que Amalia le había dado en préstamo.

"2° Eliseo Orjuela poseía antes de esa venta simulada, y continuó poseyendo, la finca de **La Aurora**, después del otorgamiento de la referida escritura número 253, a ciencia y paciencia de Amalia, quien jamás hizo gestión alguna para la entrega o para entrar en la posesión.

"3° Eliseo Orjuela estableció por cuenta propia durante el tiempo de su posesión de la finca mencionada, mejoras de consideración, como el levantamiento de cercos y refaccionamiento de los que existían; y sembró pastos; mantuvo estos pastos haciendo constantes trabajos para desmatorrarlos. Mantuvo animales en la misma finca y por su cuenta y derecho sostuvo arrendatarios. Tales actos de posesión los ejerció Eliseo principalmente después de que hizo a su hermana Amalia la referida escritura número 253.

4° Amalia Orjuela jamás ejerció acto alguno de posesión sobre la dicha finca, antes ni después de haberle otorgado Eliseo la citada escritura de venta simulada, ni acto alguno que indicara dominio.

"5° Eliseo Orjuela continuó, a pesar de esa venta simulada a su hermana, disfrutando y poseyendo la finca en cuestión, como único dueño, hasta que la enajenó a favor de Pantaleón Sáiz Ríos por escritura número 144, pasada ante el Notario de Girardot el trece de febrero de mil novecientos veinte, cuyos derechos de poseedor mandó respetar el Tribunal Superior al comprador Sáiz.

"6° Amalia Orjuela reconoció siempre a su hermano Eliseo la posesión de la finca; y declaró el trece de octubre de mil novecientos trece, que desde el mes de mayo de ese año le pagó Eliseo en pastajes la suma de cincuenta mil pesos papel moneda que le había dado a préstamo, para cuya seguridad le había hecho escritura con pacto de retroventa del potrero que Eliseo estaba poseyendo en el Municipio del Espinal.

"7° También declaró Amalia, ante el señor Juez Municipal del Guamo, en aquella fecha (trece de octubre de mil novecientos trece), que desde el día primero de junio de ese año, entró el peticionario Eliseo Orjuela a ser dueño, amo y señor del potrero que le había vendido con pacto de retroventa, y que el contrato entre ellos quedó terminado desde dicho día primero de junio, y que, por tanto, no tenía ningún valor ni efecto la escritura número 253 de tres de junio de mil novecientos nueve, que Eliseo otorgó a su favor.

8° Amalia Orjuela confesó en presencia de varias personas, después de la escritura de venta que le hizo Eliseo del potrero de **La Aurora**, que esta finca era de propiedad de Eliseo.

"9° Posteriormente a dicha venta de Eliseo a su hermana Amalia, esta señora le tomó a Eliseo dicho potrero en arrendamiento para engordar un ganado.

"10. Con posterioridad también a dicha escritura de venta, Eliseo no sólo dio pastajes o arrendó en dicho potrero a varias personas extrañas por cuenta propia y vendió palma y maderas y disfrutó del potrero como único dueño, sino que levantó y refaccionó los cercos de esa finca por cuenta propia.

"11. Amalia Orjuela confesó también en presencia de varias personas, que los cincuenta mil pesos que figuran en la escritura de venta como precio, había sido sólo para darle apariencia de causa al contrato; que no devolvía a Eliseo la escritura de **La Aurora**, sino cuando él le hiciera la escritura de otro negocio que tenía pendiente con él.

"12. Pantaleón Sáiz Ruiz mantiene hoy la posesión del referido potrero de **La Aurora**, por habérsela transferido Eliseo Orjuela al otorgarle la escritura de venta número 144, de trece de febrero de mil novecientos veinte; y al efecto Sáiz Ríos ocupó esa finca desde entonces con ganado y bestias, y ha desyerbado los pastos y conservado los cercos, y ejercido por esto, hasta hoy, los derechos de poseedor y dueño de tal finca.

"13. Amalia Orjuela manifestó, además, a varias personas, que la escritura de venta que le hizo de **La Aurora** a Daniel Barrero B., no tenía más objeto que reclamar de Eliseo Orjuela la entrega judicial de tal finca, y que por esta razón Barrero nada le había pagado del precio que figuraba como valor de aquella venta.

"14. Amalia Orjuela de Cartagena no obtuvo la competente autorización judicial que debió obtener, estando casada con Roberto Cartagena, para enajenar la finca de **La Aurora** a Daniel Barrero.

"15. El precio de la venta simulada que hizo Amalia Orjuela a Daniel Barrero, es inferior a la mitad del justo precio de la finca de La Aurora.

"16. Eliseo Orjuela ha sido declarado heredero, en su calidad de legítimo hermano de la finada Amalia Orjuela."

Contradijo Barrero la reconvencción; y seguido bajo una cuerda el doble juicio, el Juez pronunció sentencia el diez y ocho de septiembre de mil novecientos veinticinco. En ella declaró nulo el contrato de compraventa que reza la escritura número 253, otorgada en la Notaria del Guamo, el tres de junio de mil novecientos nueve, "por la cual Eliseo Orjuela dijo vender a su hermana Amalia Orjuela el lote de tierra de que trata este juicio," absolvió a Eliseo Orjuela y Pantaleón Sáiz de los cargos de la demanda principal, y se abstuvo de hacer las restantes declaraciones solicitadas en la de mutua petición.

Ambas partes alzaron de esta sentencia, y el Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia de veinticinco de agosto de mil novecientos treinta, la revocó para disponer en su lugar lo siguiente:

"Primero. El señor Daniel Barrero B. es dueño o propietario del lote de tierra denominado La Aurora, situado en jurisdicción del Municipio del Espinal, con todas sus mejoras de pastos artificiales, cercos de alambre, etc., demarcado así:

"Desde un mojón de madera angarillo, colocado en la esquina de las cercas del potrero de Belisario Gutiérrez; de aquí, en dirección Sur, y siguiendo por estas cercas medianeras, hasta otro de madera de dinde, colocado en las cercas divisorias del predio de Daniel Barrero; siguiendo siempre la dirección que trae, y por las cercas, hasta otro palo de dinde, que es divisorio del predio de Francisco Escobar; de aquí se vuelve al Occidente, siguiendo por donde existe un vallado, hasta encontrar el predio de los herederos del finado Ramón Teodoro Tello; de aquí, siguiendo por la línea divisoria del predio de dicho Tello, hasta encontrar un mojón de dinde clavado, donde principian las cercas de madera, en donde hay unos árboles cauchos de hoja menudita; y siguiendo por las cercas de madera de la familia Tello, hasta encontrar la esquina de las cercas de madera de los mismos Tellos; siguiendo ahora por las cercas de alambre del predio del señor Domingo Triana R., hasta encontrar un árbol guácimo que está en las cercas de alambre del vendedor; de aquí, línea recta, a otro de madera, puesto en la esquina que forman las cercas, en línea divisoria de los terrenos del ejido del Espinal; de aquí, en dirección del Oriente, y por las cercas de alambre, hasta encontrar el primer mojón, de donde se partió."

"Segundo. Dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta sentencia, Eliseo Orjuela R. y Pantaleón Sáiz Ríos deben entregar a Daniel Barrero B. el inmueble que se determina en el punto anterior, con las mejoras correspondientes.

"Tercero. Eliseo Orjuela y Pantaleón Sáiz Ríos serán considerados como poseedores de mala fe, el primero, y como poseedor de buena fe, el segundo, y quedan obligados a pagar al demandante, proporcionalmente a la parte de terreno que cada uno ocupa, los frutos naturales y civiles del bien a que el juicio se refiere, desde la contestación de la demanda. Tales frutos deben avallarse separadamente.

"Cuarto. A Pantaleón Sáiz Ríos le asiste el derecho de que trata el artículo 965 del Código Civil, para reclamar las prestaciones que allí se expresan.

"Quinto. No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones que contiene la demanda de reconvencción, excepto lo referente a considerar al demandado Sáiz Ríos como poseedor de buena fe, sobre lo cual ya se proveyó en el punto tercero de esta parte de la sentencia; y

"Sexto. Los demandados en la demanda principal pagarán las costas del juicio en la primera instancia."

Interpusieron recurso de casación los demandados, fundándolo ante el Tribunal, y en la Corte un apoderado suyo presentó una demanda.

Se admite dicho recurso, por hallarse dentro de las debidas condiciones, y se procede a decidirlo.

La Corte estudiará el memorial aducido ante ella, sin perjuicio de tratar los puntos del memorial presentado ante el Tribunal que no estén comprendidos en aquél.

El apoderado constituido aquí acusa la sentencia como violadora de varias disposiciones de la ley sustantiva, "por violación directa, por efecto de interpretación de la misma ley y por indebida aplicación de ésta al caso del pleito."

Transcribe el siguiente párrafo del Tribunal:

"Con el propósito de demostrar que en el caso en cuestión Eliseo Orjuela devolvió a Amalia del mismo apellido, la suma de cincuenta mil pesos papel moneda, fijados como importe de la venta relacionada en la escritura número 253 de mil novecientos nueve, rindió Amalia Orjuela ante el Juez Municipal del Guamo, declaración que, aun cuando se encuentra inserta en un instrumento público, conserva su primitivo valor únicamente comoquiera que con la protocolización de esa pieza no adquiere mayor importancia esa prueba que la que originariamente tiene. En esa exposición, que fue rendida a petición de Eliseo Orjuela, dice la declarante que es cierto que desde el mes de mayo de ese año (mil novecientos trece), Eliseo Orjuela le pagó en pastajes la suma de cincuenta mil pesos papel moneda, que le había dado en préstamo, y por la cual le había escriturado con pacto de retroventa el potrero que poseía en el Municipio del Espinal, y para reafirmar su aserto, agrega que es cierto que desde el día primero de junio entró el peticionario a ser dueño, amo y señor del potrero que le había vendido con pacto de retroventa. Se hace hincapié sobre esta prueba, que se pretende calificar de confesión; pero la sola consideración de que Amalia Orjuela no ha sido demandada en el presente juicio, hará ver que no existe la pretendida confesión alegada por la defensa. El dicho de la deponente únicamente puede apreciarse como la declaración de un simple testigo, y por consiguiente para que en el caso presente esa prueba produzca algún efecto práctico, sería necesario que concurrieran otros elementos probatorios a acreditar el pago por la suma de cincuenta mil pesos papel moneda realizado por Eliseo Orjuela a favor de Amalia Orjuela con anterioridad al tres de junio de mil novecientos trece."

"Con el criterio expresado por el Tribunal en este párrafo—dice el recurrente—se quebrantan varias disposiciones legales; pues es un error de derecho el estimar que un recibo solemne, como el que dio la compradora Orjuela, no tiene la fuerza de una confesión judicial, por no ser dicha señora parte en el actual juicio. Y en primer lugar aparece transgredido el artículo 691 del Có-

digo Judicial, puesto que se le desconoce fuerza de confesión judicial a un recibo como el que contiene la declaración que rindió ante el Juez Municipal del Guamo la compradora Orjuela. Para llegar a ese desconocimiento, la sentencia sostiene que la confesión no perjudica sino a la parte que la hace, y que no siendo la señora Orjuela demandada, su declaración no puede perjudicar al demandante. El citado artículo no dice únicamente que un recibo reconocido sea una confesión, sino que tiene la fuerza de tal, lo que es diferente de lo primero. Evidentemente, es de la esencia de la confesión que lo declarado perjudique solamente al declarante, y el efecto de ella es producir plena prueba.

“Pero con tener el hecho este último alcance, igual valor, no quiere decirse que sea el mismo hecho.”

“Bien hubiera podido el legislador expresar la misma idea, manifestando que los recibos reconocidos por el que los firmó tienen valor de plena prueba.”

“Si el legislador hubiera adoptado esta forma para expresar su idea, no habría podido el Tribunal argüir simplistamente que la declaración de la señora Orjuela no era una confesión.”

Continúa el impugnador diciendo que no vale objetar que el recibo dado por la Orjuela ante el Juez del Guamo, que luego fue protocolado por medio de la escritura número 611, de catorce de octubre de mil novecientos trece, carece de reconocimiento ante el Juez competente, por haberse hecho ante un Juez Municipal o por no haberse surtido ante el de la causa, porque el requisito del reconocimiento que pide el artículo 691 y que la ley exige para los efectos de la autenticidad, está superabundantemente llenado con haberse obtenido ante un funcionario público, circunstancia que le da a la declaración una calidad mejor, la de documento auténtico, al tenor del artículo 678 del propio Código; pues bien puede estimarse como documento expedido por un funcionario revestido de autoridad pública, y en cosas atañerías al ejercicio de sus funciones, cual es la de “constatar” el hecho de haberse rendido ante él determinadas declaraciones, o bien como una actuación judicial. Tal documento, para considerarse auténtico, puede colocarse en el primero o en el cuarto de los casos del artículo 678.

“De manera que acuso la sentencia por falta de aplicación de este artículo, así como por falta de aplicación del artículo 691, de que trata el punto anterior de esta demanda, y los cuales ha debido aplicar el Tribunal por ser del caso.”

Se considera:

El Tribunal expuso que se pretende calificar de confesión la declaración de Amalia Orjuela, y que como ésta no ha sido demandada, no existe la pretendida confesión; y el recurrente sostiene que aquí hay un error de derecho, porque el sentenciador estimó que un recibo solemne, “como el que dio la compradora Orjuela,” carece de la fuerza de una confesión, por no ser parte en el actual juicio la nombrada señora, con lo cual se violó el artículo 691 del Código Judicial.

Empero, téngase presente que la declaración de la Orjuela no es propiamente un recibo.

El recibo es un escrito o resguardo firmado en que una persona declara haber recibido de otra alguna cosa y pertenece, por su naturaleza, a la clase de los instrumentos privados, los cuales se redactan por los particulares, sea por las partes o alguna de ellas, personalmente, sea por sus mandatarios.

De otro lado, el artículo 1757 del Código Civil, al enunciar las pruebas, hace clara distinción entre los instrumentos públicos y privados y la prueba de testigos y de confesión de parte.

De suerte que si el error acusado se hace consistir, como es lo cierto, en que a un recibo solemne no se le ha dado la fuerza de confesión judicial, no siendo la declaración de la Orjuela un recibo, en el sentido que a esta palabra se le reconoce en pruebas judiciales, el error no existe, ni, por consiguiente, la transgresión del artículo 691 del Código Judicial, contenido en el capítulo VIII del Título II del Libro 2º, el cual capítulo versa sobre **documentos privados**. La declaración de que se trata podrá ser calificada de confesión extrajudicial, que sólo vale como prueba deficiente y no perjudica a terceros (artículo 562 del Código citado).

Tampoco se advierte que el Tribunal haya violado por omisión el artículo 678 del citado Código; pues su aplicabilidad al caso del pleito no está demostrada. Aquél no negó que una declaración judicial es un documento auténtico, sino que dijo que tal declaración, como de un simple testigo, necesita, para producir efectos prácticos, de la concurrencia de otros elementos probatorios.

Agrega el recurrente que con el mismo concepto del Tribunal, que él critica, se quebrantó también el artículo 1761 del Código Civil, pues al aceptar la declaración de la Orjuela apenas como un testimonio singular, por no ser ella demandada, se perdió de vista el principio de que un instrumento público (sic) tiene valor de escritura pública, no solamente respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, sino respecto de aquellas personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos. Lo cual quiere decir que la declaración de la Orjuela no solamente la afecta a ella, mas también a Barrero, en asuntos en que precisamente éste ejercita derechos que cree derivados de la misma señora.

Se considera:

Ya se explicó que la declaración de Amalia Orjuela no es un recibo, en la acepción técnica de este vocablo en pruebas judiciales, ni, por consiguiente, es un instrumento privado; y esto basta para concluir que no está quebrantado el artículo referido.

Insiste el impugnador en que si la declaración de que se trata se estima como documento privado por constituir un mero recibo, tiene fecha cierta en los términos del artículo 1762 del Código Civil, “y, por consiguiente, el Tribunal quebrantó esta disposición por no haberla aplicado al pleito, siendo el caso.”

Mas a esto ha de observarse lo dicho antes, acerca de que la declaración no es un recibo, ni, por tanto, un instrumento privado; por donde se ve que no procede el reparo, porque no era aplicable el artículo 1762.

Si la declaración se tiene como un instrumento público—añade el recurrente—se violó el artículo 1759 del mismo Código, “pues dejó de dársele a esa declaración el valor de prueba completa en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha. Cito, pues, también esta disposición como una de las quebrantadas por la sentencia.”

Se considera:

El cargo es inaceptable, porque el sentenciador no desconoció el hecho de haber rendido la Orjuela la declaración en la fecha que en ella se expresa. En corrobo-

ración de esto, reléase el párrafo acusado de la sentencia, transcrito antes.

Se aduce igualmente como quebrantado el artículo 694 del Código Judicial, en "el remoto caso de que llegara a estimarse como documento privado la declaración de la señora Orjuela por falta de reconocimiento ante Juez competente; pues tal declaración ha obrado en copia auténtica en los autos del juicio, sin que se haya redarguido de falsa, con conocimiento de la parte que la rindió o con conocimiento de quien dice derivar de dicha parte los derechos que precisamente está tratando de ejercitar en el presente juicio.

"Y se dice **remoto caso**, porque el Tribunal ha debido saber que el Juez de primera instancia, donde reside el que firmó o mandó firmar un documento, o que de cualquier otro modo aparezca responsable de su valor, es competente para los efectos del reconocimiento. Luego si el Juez Municipal del Guamo era competente para practicar la diligencia de reconocimiento de un recibo, lo era también por identidad de razón, para recibir declaraciones sobre el hecho del recibo. De suerte que así mismo fue violado el artículo 701 del propio Código."

Se considera:

La declaración de Amalia Orjuela, como se ha dicho, no es técnicamente un recibo, ni documento privado por lo mismo. Si lo fuera, no sería el caso de aplicarle la disposición del artículo 694 del Código Judicial, por no ser parte aquella señora en el juicio, y por no estatuir el artículo que el recibo se tenga también por reconocido respecto de los sucesores de quien lo firmó. Ni se ve porqué haya violación del artículo 701 ibídem, pues en el acto surtido ante el Juez Municipal del Guamo, se trataba de una declaración y no de un reconocimiento, en los términos a que se contrae el artículo 700.

Agrega el autor del recurso que fueron violados los artículos 1544 y 1548 del Código Civil, puesto que el sentenciador no estimó haberse restituído una cosa, vendida bajo condición resolutoria, una vez cumplida la condición, como en el presente caso, y que ha debido comenzar por analizar los títulos y en tal evento ver y declarar que la enajenación que Eliseo Orjuela había hecho a su hermana Amalia se había resuelto por el advenimiento de una condición resolutoria que constaba en el título respectivo, esto es, en la escritura de la venta, y más aún, cuando el hecho del advenimiento de esa condición aparecía establecido en la escritura número 611 (folio 1º del cuaderno número 2º), escritura debidamente registrada siete u ocho años antes de incoarse el actual litigio. Además, se incurrió en un error evidente de hecho, al dejar de estimarse como prueba del cumplimiento de la condición la susodicha escritura número 611.

Se considera:

La violación de estos artículos sólo podría venir como consecuencia de errores evidentes de hecho o de derecho en la apreciación del dicho de la señora Orjuela contenido en la declaración; y ya se ha demostrado, al examinar los cargos anteriores, que no existen tales errores, al menos en el sentido en que han sido acusados. Cuanto a la escritura número 611, el sentenciador expresó que, a pesar de haberse insertado la declaración en ella, conserva tal declaración su primitivo valor, "comoquiera que con la protocolización de esa pieza no adquiere mayor importancia esa prueba que la que originariamente tiene." Concepto es éste no combatido directamente por el recurrente, y en el cual no se advierte error de derecho.

Al hacer caso omiso del pacto de retroventa, consignado en la escritura número 253 de mil novecientos nueve—continúa el impugnador—el Tribunal quebrantó las disposiciones del pacto de retroventa, y especialmente el artículo 1940, pues ha debido darle efecto contra terceros a dicho pacto por ministerio de la disposición de este artículo, relacionada con los artículos 1547 y 1548.

Mas a esto ha de responderse lo dicho antes, acerca de que la transgresión de las disposiciones sustantivas que se citan sería consecuencia de errores evidentes de hecho o de derecho, que no resultan establecidos.

Se alega la violación del artículo 952 del Código Civil, por cuanto la acción de dominio se ha dirigido no sólo contra Pantaleón Sáiz Ríos, actual poseedor de la finca, sino también contra Eliseo Orjuela, quien dejó de poseer el inmueble de La Aurora desde que se lo vendió a aquél. Se replicará que este error por exceso nada afecta la acción reivindicatoria, puesto que allí quedó comprendido el verdadero y único poseedor; pero semejante pretensión sería inadmisibile en derecho y en la práctica, una vez que la jurisprudencia exige que en una acción contra dos o más demandados se singularice la parte de la cosa que cada uno posea, sencillamente para saber cómo habrá de hacerse la restitución, y no caer en vaguedades, como la del ordinal 3º de la parte resolutoria de la sentencia, que condena a los reos al pago de frutos naturales y civiles "proporcionalmente a la parte de terreno que cada uno ocupe."

"La violación del artículo proviene de que el Tribunal pasó por alto la escritura número 146, en que consta la venta de Orjuela a Sáiz, otorgada ante el Notario de Girardot el trece de febrero de mil novecientos veinte.

"Mediante la inscripción de este título mal podrían subsistir como poseedores de la cosa vendida el vendedor y comprador."

Se considera:

En el hecho 3º de la demanda principal se afirma que Orjuela y Sáiz Ríos entraron a ocupar de hecho y sin título el inmueble a que se refiere el juicio. El apoderado de ellos, al contestar la demanda (folio 47 del cuaderno 1º), expresó que Eliseo llegó a ocupar la finca mediante títulos que tenía y que el dominio y la posesión los transfirió luego a Sáiz, "quien está en esa posesión de manera pacífica, con la conciencia de haber adquirido el dominio por medios legítimos."

En el término probatorio de la primera instancia se adujo la escritura número 144, de trece de febrero de mil novecientos veinte, pasada ante el Notario de Girardot y registrada en la Oficina del Guamo. En ella aparece la venta del inmueble de La Aurora, hecha por Eliseo Orjuela a Pantaleón Sáiz (o Sáenz); y como no se ha negado la identidad de este inmueble con el que es objeto del presente juicio, y consta que el comprador Sáiz es el mismo Sáiz Ríos aquí demandado, se comprende que dicho Sáiz Ríos es el poseedor inscrito del inmueble.

Pero es el caso que Orjuela ha continuado como poseedor material, según lo declararon en la segunda instancia Zoilo Leal, Francisco Rodríguez Murillo, Felipe Murillo, Juan María Cruz, Darío y Francisco Hernández, Pantaleón Ríos y Heliodoro Sánchez Gamboa, presentados por la misma parte demandada. Los testigos aseveran que Orjuela está ejercitando en el terreno de La Aurora actos de posesión. De conformidad con esto, le fue dado considerar al Tribunal que el mencionado Orjuela se halla en posesión de alguna parte de la finca,

cuando menos; y si es cierto que podrán presentarse dificultades para la devolución del inmueble y restitución de los frutos, el defecto que acerca de estos puntos se advierte en la demanda, debió ser corregido a tiempo, por medio de la correspondiente excepción dilatoria, y así no se hizo. De aquí que no proceda el actual motivo de casación, porque no aparece error evidente de hecho al estimarse que Orjuela posee materialmente parte al menos de la finca, junto con Sáiz, poseedor inscrito y poseedor material de otra parte. Si se hubiera comprobado semejante error, sí aparecería la infracción que se acusa.

En el memorial presentado al Tribunal se impugnan algunos puntos relacionados con la demanda de reconvencción, tales como el de no haberse rescindido por lesión enorme el contrato entre Amalia Orjuela de Cartagena y Daniel Barrero; pero como el cargo no aparece en la forma adecuada que requiere el recurso de casación, pues ni siquiera se citan los textos legales que se consideran violados, ni se expone el concepto en que lo hayan sido, la Sala no puede detenerse en su estudio.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso de casación.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

En el juicio de división material de una finca raíz, promovido ante el Juzgado 1° del Circuito de Palmira por José Joaquín Durán Z. y continuado por Alejandro Durán C., como subrogatario del actor, contra Luis F. Tascón y otros, convertido en ordinario por la oposición del demandado Tascón, se dictó por el Juez de la causa la sentencia de doce de septiembre de mil novecientos veintinueve, que decretó la división material de la finca rural, sita en el punto denominado **Coronado**, jurisdicción de Palmira, que está alinderada así:

“Oriente, con fincas de Germán Cely, hoy de Raquel López viuda de Luna y con fincas de Demetrio Salcedo, Emilio Benítez y Juan Nieto; Occidente, con la finca del señor don José María García, que hoy es de Vicente Saavedra, y con fincas de Eugenio Salazar, Fernando Salazar y Julio Quintero, que son hoy del señor Luis Felipe Tascón, por compra que le hizo a don Medardo García M.; Norte, con la hacienda de El Hato, de los herederos de don Primitivo Crespo R., y que hoy es de don Modesto Cabal; Sur, callejón público al medio, con La Carbonera, de don José María Sierra, y con finca de Jacinto Plaza.”

Por apelación del opositor, el Tribunal Superior de Cali, en sentencia de octubre catorce de mil novecientos treinta, revocó el fallo de primera instancia y declaró improcedente la demanda.

El demandante interpuso casación, sin fundar el recurso ante el Tribunal. El recurso se declaró admisible por la Corte, y se corrió el traslado legal al recurrente, quien dejó transcurrir el término sin fundar el recurso, por lo cual es preciso aplicar la sanción de deserción, que establece el artículo 10 de la Ley 90 de 1920.

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, declara desierto el recurso y ejecutoriada la sentencia del Tribunal, materia de la casación.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Oscar Salas G., en escrito de seis de octubre de mil novecientos veinticuatro, demandó ante el Juez 3° del Circuito de Barranquilla la división de una casa baja, de mampostería, con techo de azotea, junto con el solar en que se halla construida, situada en la ciudad de Barranquilla, en la acera occidental de la antigua Calle Ancha, entre las carreras 20 de Julio y Cuartel, que linda:

“Por el Norte, con los señores Luque & Rodríguez (los españoles); por el Sur, con predio de las señoritas De la Rosa; por el Este, Paseo de Colón en medio, con predio de Israel Salas, y por el Oeste, con predio de las señoritas Ecna y Olga de Castro.”

El demandante señaló a David Salas L. y a la menor hija de éste, Paulina Mercedes, como condueños o comuneros; y, corrido el correspondiente traslado de la demanda, Salas L., en su propio nombre y en representación de su citada hija, la contestó, conviniendo en que se hiciera la división. En consecuencia, por auto de veintitrés del mismo mes se decretó la venta de la finca en pública subasta, y se ordenó su avalúo por peritos.

Por auto de veintisiete de noviembre de mil novecientos veinticuatro se señaló el diez y siete del siguiente mes de diciembre para que tuviera lugar el remate de la finca, justipreciada en veinte mil pesos, y el veintiocho de enero de mil novecientos veinticinco presentóse al Juzgado el siguiente escrito:

“Nosotros David Salas L. y Oscar Salas G., el primero en su propio nombre y como representante legal de la menor Paulina Salas G., a usted muy respetuosamente pedimos:

“Que habiendo quedado desierto el remate de la finca de nuestra propiedad, ubicada en el Paseo Colón, solicitado en memorial de fecha seis de octubre de mil novecientos veinticuatro del año pasado, se sirva fijar nueva fecha para remate. Designamos de perito para el nuevo avalúo al señor Manuel Calderón R.”

Con este motivo, con fecha treinta del mismo mes, el Juzgado proveyó así:

“Al remate voluntario hay que aplicarle por analogía las reglas del remate en juicio ejecutivo, a falta de disposición especial, y si esto es así, debe darse cumpli-

miento al artículo 22 de la Ley 169 de 1896, según el cual, cuando no ha habido postor se hace nuevo avalúo, por peritos nombrados por el Juzgado. Se ordena, pues, la práctica de un nuevo avalúo por los peritos señores Pedro A. Oñoro, Manuel Calderón R. y Martín Carbonell, este último como tercero, para el caso de discordia."

En este nuevo avalúo la finca fue valorada en diez y siete mil pesos, por auto de diez y nueve de febrero del mismo año, señalóse el veintiocho de ese mismo mes para efectuar el remate ya decretado, y así se cumplió en esa fecha, adjudicándosele la finca rematada al mismo postor, Joaquín E. Monsalve, por la suma de diez y siete mil doscientos noventa y dos pesos (\$ 17,292), que dicho rematador entregó a los interesados el mismo día del remate, según consta en escrito de esa fecha, presentado personalmente por los firmantes, que dice:

"Señor Juez 3° de este Circuito.

"Nosotros David Salas L. y Oscar Salas G., únicos interesados en el juicio de división de una finca que cursa en el Juzgado a su cargo, confesamos ante usted que hemos recibido del señor Joaquín E. Monsalve la cantidad de diez y siete mil doscientos noventa y dos pesos oro, como precio del remate de dicha finca, verificado hoy.

"Barranquilla, 28 de febrero de 1925.

"David Salas L.—Oscar Salas G."

En vista de este escrito, el Juzgado declaró bien hecho el pago, por haber sido efectuado en tiempo oportuno, y aprobó el remate.

Son estos los antecedentes de este pleito, promovido por David Salas L., quien, en escrito de veintisiete de octubre de mil novecientos veintisiete, que fue repartido al Juzgado 1° del Circuito de Barranquilla, haciendo valer su condición de representante legal como padre legítimo de la menor Paulina Mercedes Salas Glen, en ejercicio de la patria potestad, dice:

"..... Demando al señor Joaquín E. Monsalve, mayor de edad y de este vecindario, para que, previa la tramitación de un juicio ordinario, se declare que está afectado de nulidad sustantiva el remate verificado en el Juzgado 3° de este Circuito, el día veintiocho de febrero de mil novecientos veinticinco, por el cual se adjudicó al demandado la siguiente finca raíz:

"Una casa de mampostería con techos de azotea, situada en el plano de esta ciudad, en la acera occidental del Paseo Colón, entre las carreras 20 de Julio y Cuartel, cuyas medidas y linderos son los siguientes: de Este a Oeste, treinta y nueve metros diez centímetros, y de Norte a Sur, veintiún metros cincuenta centímetros; y linda: por el Norte, con predio de los señores Luque y Rodríguez; por el Sur, con predio de los herederos de Antonio de la Rosa; por el Este, Paseo Colón de por medio, con predio de Isaac M. Salas, y por el Oeste, con predio de las señoritas Ecna y Olga de Castro; y que, como consecuencia de la declaración de nulidad pedida, se ordene cancelar la diligencia de registro de remate, en que consta la tradición que se hizo al demandado, del inmueble a que el remate se refiere, y la devolución, por parte de los vendedores, de la suma recibida como precio del remate."

Fundo mi demanda en los siguientes hechos:

"1° Soy padre legítimo de la menor Paulina Mercedes Salas G., y como tal, su representante legal.

"2° El día veintiocho de febrero de mil novecientos veinticinco, se verificó en el Juzgado 3° del Circuito de

esta ciudad el remate de la finca a que se refiere esta demanda.

"3° Fue rematador el demandado, señor Joaquín E. Monsalve, a quien se le hizo la adjudicación correspondiente.

"4° No se publicaron los avisos del remate, que exige la ley, y que ordenó el auto de veintisiete de noviembre de mil novecientos veinticuatro, dictado en la mencionadas diligencias, por el señor Juez 3° de este Circuito.

"5° No se fijaron los avisos a que se refiere la providencia mencionada, en los lugares y por el tiempo que señala la ley.

"6° Los avisos ordenados en la providencia de diez y nueve de febrero de mil novecientos veinticinco, dictada en las mismas diligencias, por el mismo señor Juez 3° de este Circuito, no permanecieron fijados durante los ocho días que, como minimum, exige la ley.

"7° Los avisos no fueron renunciados por los propietarios de la finca rematada.

"8° No se concedió el permiso judicial que exige la ley para la venta de bienes raíces pertenecientes a menores de edad.

"9° La menor Paulina Mercedes Salas G. era propietaria de una cuota parte de la finca rematada.

"En derecho se funda esta demanda en las siguientes disposiciones: 1740, 1741, 1743, 1746, 1750, 1751, 1379 del Código Civil; 1082, 1060, 1066 y 1078 del Código Judicial; 127 y 137 de la Ley 105 de 1890 y concordantes."

El demandado, por medio de su apoderado doctor Francisco Vizcaino, contestó la demanda, oponiéndose a todo lo que en ella se pide, y aceptó algunos hechos y negó otros, y alegó como excepciones perentorias, falta de acción, ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora, petición antes de tiempo o de un modo indebido, y "todas aquellas que generen los hechos que están o que resulten comprobados en los autos."

El fallo de primera instancia, proferido el diez y seis de diciembre de mil novecientos veintinueve, desató así la controversia:

Declarase nulo el remate verificado en el Juzgado 3° de este Circuito, el día veintiocho de febrero de mil novecientos veinticinco, por el cual se adjudicó a Joaquín E. Monsalve la siguiente finca raíz:

"Una casa de mampostería con techos de azotea, situada en el plano de esta ciudad, en la acera occidental del Paseo Colón, entre las carreras 20 de Julio y Cuartel, cuyas medidas y linderos son los siguientes: de Este a Oeste, treinta y nueve metros diez centímetros, y de Norte a Sur, veintiún metros cincuenta centímetros; y linda: por el Norte, con predio de los señores Luque y Rodríguez; por el Sur, con predio de los herederos de Antonio de la Rosa; por el Este, Paseo Colón de por medio, con predio de Isaac M. Salas, y por el Oeste, con predio de las señoritas Ecna y Olga Castro."

"Ordénase al Registrador de instrumentos públicos y privados de este Circuito cancelar la diligencia de registro del anterior remate, en la cual consta la tradición que se hizo a Joaquín E. Monsalve de la finca raíz a que dicho remate se refiere.

"Por los vendedores se reintegrará a Joaquín E. Monsalve la suma entregada por éste como precio de la finca rematada.

"No se hace condenación en costas."

La parte demandada apeló de esa sentencia, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que

conoció del recurso, profirió el fallo de segunda instancia el quince de diciembre de mil novecientos treinta, por el cual se revoca el de primera instancia, y en su lugar resuelve:

"No es el caso ni hay motivos para decretar la nulidad del remate a que se contrae la demanda, y no se decreta, ni se hacen las ordenaciones pedidas.

"Se condena en costas al demandante.

"Para la estimación de éstas, el abogado de la parte favorecida cumplirá lo que dispone el artículo 19 de la Ley 62 de 1928, y el Secretario hará lo que le cumple."

La señorita Paulina Mercedes Salas, ya entonces mayor de edad, interpuso el recurso de casación, invocando las causales primera y segunda del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, pero su apoderado, al fundar el recurso, contrae todos sus argumentos a sustentar el cargo de que la sentencia recurrida viola el artículo 1082 del Código Judicial, por estar fundada en el siguiente concepto, que él estima erróneo:

"Es indudable—dice la sentencia—que la nulidad de que habla el artículo 1082 del Código Judicial, es sólo la que se produce en los juicios ejecutivos. Exprimir esa disposición para tratar de sacarle consecuencias que afecten otra clase de juicios, implicaría pugnar con la Ley misma, con los principios generales de la jurisprudencia, y con la doctrina establecida sin discusión por varios Tribunales. El lugar que en el Código ocupa aquel artículo, sus términos claros y precisos, y el enlace que debe guardar con otras enseñanzas de la misma obra y del Código Civil, todo está diciendo que reza y vale sólo en relación con los juicios ejecutivos, y que no debe ni puede aplicarse al presente juicio, que no es de los de aquel linaje."

Acusación:

"La sentencia es, ante todo, violatoria de la ley sustantiva, por cuanto expresamente desconoce la pertinencia al caso debatido del artículo 1082 del Código Judicial, y prescindió de aplicarlo al caso del pleito. En consecuencia, la acuso por violación de este precepto.

"El tenor de la disposición violada es el siguiente:

"Ningún remate en que el rematador haya cumplido con lo de su cargo podrá anularse, sino en juicio ordinario, separado del juicio ejecutivo, con excepción de la tercera de las mencionadas en el artículo 916."

"El referido artículo 916 fue reemplazado por el artículo 127 de la Ley 105 de 1890, correspondiendo en esto último la causal segunda de nulidad a la causal tercera, que señalaba el artículo 916.

"Esa causal dice:

"2º No fijar los avisos, cuando el deudor no los ha renunciado, para el remate de los bienes que deban ser rematados, y no verificar el remate conforme lo disponen los artículos 1060 a 1066 del Código."

"Es de observar—dice—que en el Código de Procedimiento Civil no existe ningún capítulo especial sobre remates, en el cual se determinen las condiciones y requisitos que deban llenar los remates celebrados en juicios que no sean ejecutivos. De consiguiente, el primer punto que compete estudiar es si los remates que se verifiquen en juicios distintos del ejecutivo, se pueden y deben llevar a cabo, obrando los Jueces con potestad

discrecional y sin que los cobije sanción legal ninguna. Este aspecto de la cuestión es pertinente estudiarlo; pues sí, como sostiene el Tribunal, las disposiciones del juicio ejecutivo sobre remates no tienen por objeto estos actos jurídicos, sino que son consecuencias o efectos derivados de lo principal, que es el juicio ejecutivo, estaríamos en presencia de un grave vacío en la legislación, ya que cualquiera persona perjudicada por la forma y procedimientos seguidos en un remate, carecería de toda acción y recurso contra tal acto jurídico.

"A mi modo de pensar—agrega—los preceptos sobre remate no son especiales del juicio ejecutivo, ni están condicionados por el ejercicio de la acción ejecutiva, sino que reglamentan en general los casos de remate, disponiendo cómo se llevan a efecto, qué requisitos han de llenar y qué sanciones han de imponerse cuando se viola la forma legal para realizarlos. Y de ahí que no vea la razón para que en las subastas que se llevan a cabo en juicio de división de la cosa común se prescinda—como lo aconseja el Tribunal de Barranquilla—de la forma prevenida en el juicio ejecutivo.

"De suerte, pues,—sigue diciendo—que la apreciación del Tribunal de que las disposiciones que reglamentan los remates en juicio ejecutivo no son pertinentes en los remates que se hacen en juicio de división, es, en mi sentir, errónea, ya que el remate y los requisitos para verificarlo no deben estimarse como esenciales del juicio ejecutivo, o sea como de restricta aplicación a este juicio."

Como se ve, toda la acusación está fundada en que al declarar el Tribunal que el artículo 1082 del Código Judicial no debe ni puede aplicarse al presente juicio, y que, por tanto, no es el caso, ni hay motivos para declarar la nulidad del remate a que se contrae la demanda, viola esa disposición porque, en sentir del recurrente, es ella la ley aplicable al caso del pleito; pero en oposición a este cargo, conviene observar que, como bien lo anota el Tribunal, la disposición que el recurrente estima violada se refiere únicamente a los remates efectuados en juicio ejecutivo; en tanto que el remate que se pretende anular con aplicación de ella, se efectuó en un juicio sobre división de un bien común; y, como lo dijo la Corte en casación de 14 de septiembre de 1906:

"La disposición del artículo 1082 del Código Judicial es de carácter excepcional y prohibitivo, y por lo mismo, de interpretación estricta, no pudiendo aplicarse fuera de los casos que contempla." (Gaceta Judicial, XXVIII, 57, 1º).

La Corte mantiene este concepto, y ello es suficiente para declarar infundada la acusación, y que, en consecuencia, no hay lugar a casar la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Barranquilla, el quince de diciembre de mil novecientos treinta. Así lo declara la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Con costas a cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril veintiocho de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

En nombre y representación de la Compañía de Gaseosas Ramírez, el señor Gabriel Toro S. inició ante el Juez 2° del Circuito de Cali, juicio ordinario contra Ezequiel Hoyos, para que en sentencia definitiva se condenase al demandado a hacer las siguientes prestaciones:

1° A la obligación de pagar a la expresada Compañía de Gaseosas Ramírez, tres días después de notificado el fallo respectivo, la suma de tres mil seiscientos pesos moneda corriente (\$ 3,600), como valor de la multa o pena estipulada en el contrato que consta en el documento privado de fecha primero de noviembre de mil novecientos veintiséis, por haber vendido el señor Hoyos la casa materia del contrato de arrendamiento antes de la expiración de éste.

2° A pagar a la misma Sociedad los intereses correspondientes a la expresada suma, desde la fecha de la venta de la casa, o sea desde la fecha en que por razón de dicha venta expiró el contrato de arrendamiento celebrado entre Hoyos y la mencionada Compañía.

3° A pagar las costas de la litis.

Subsidiariamente concretó la acción a las siguientes:

1° Que el señor Hoyos está obligado a pagar a la Compañía de Gaseosas Ramírez la cantidad que, por medio de peritos, se estime como valor de los perjuicios sufridos por éste con motivo de la venta hecha por aquél, y con la cual se extinguió el contrato de arrendamiento de que trata el documento privado de fecha primero de noviembre de mil novecientos veintiséis.

2° Y que está obligado al pago de las costas de cobranza y de la presente litis.

El actor enuncia como fundamentos de la demanda los siguientes hechos:

a) Según consta en el documento privado de fecha primero de noviembre de mil novecientos veintiséis, el señor Ezequiel Hoyos dio en arrendamiento a la Compañía de Gaseosas Ramírez, sociedad anónima domiciliada en Medellín y con sucursal en Cali, una casa situada en la calle catorce (14) de esta ciudad, casa que entró a ocupar la Compañía con la fábrica de bebidas gaseosas que tiene establecida en esta misma ciudad.

b) Dos años fue el plazo estipulado para la duración del contrato, contados a partir del once (11) de noviembre de mil novecientos veintiséis.

c) La Compañía arrendataria cumplió estrictamente con sus obligaciones, pagando puntualmente los cánones de arrendamiento.

d) En el contrato de arrendamiento se estipuló expresamente que si el arrendador señor Hoyos vendía o enajenaba la propiedad materia del contrato, respondería a la Compañía por el valor del contrato, estimado en tres mil seiscientos pesos (\$ 3,600) moneda corriente.

e) Con fecha treinta y uno de marzo de mil novecientos veintiocho, el señor Hoyos vendió la casa materia del contrato de arrendamiento, y esa venta la hizo por medio de la escritura pública número 563, de la fecha indicada, que otorgó ante el Notario 1° de este Circuito.

f) Con motivo de la venta en referencia sufrió la Compañía serios perjuicios, como el de aumento de canon de arrendamiento.

g) El señor Hoyos pretendió que la Compañía se negara a pagar el aumento del canon de arrendamiento,

sin duda para que ésta sufriera el perjuicio del desahucio, perjuicio de enormes proporciones, en tratándose de una fábrica establecida.

h) Por causa de la expiración del contrato del señor Hoyos, de manera inusitada e intempestiva, la Compañía arrendataria se vio obligada a comprar precipitadamente un lote de terreno para montar la fábrica que tenía instalada en la casa del señor Hoyos.

i) El señor Hoyos no se ha querido someter a las cláusulas del contrato, y no ha pagado a la Compañía que representó la multa estipulada ni los perjuicios previstos.

j) El señor Hoyos fue demandado por la vía ejecutiva, pero tanto el Juez a quo, como el Tribunal, dispusieron que el cobro se hiciera por la vía ordinaria.

k) El señor Hoyos reconoció el documento y el fundamento de la obligación demandada ante el señor Juez 2° de este Circuito, y el Juzgado 3° solicitó de mí la absolución de un pliego cerrado de posiciones, en que ratifica la legitimidad del cobro, y sólo se concreta a buscar la rebaja de la cantidad estipulada como pena.

l) La Compañía de Gaseosas Ramírez es sociedad anónima, constituida por medio de escritura pública número 341, de veintidós de abril de mil novecientos veintidós, en la Notaría 4° del Circuito de Medellín.

ll) Dicha Compañía confirió poder general al señor Jorge E. Ramírez, por medio de la escritura número 1423, de cinco de noviembre de mil novecientos veintitrés, otorgada en la misma Notaría, y dicho señor me ha sustituido a mí el poder, para los efectos de promover y llevar adelante juicios como el de que se trata.

El demandado no contestó la demanda, y el Juez de la causa, en fallo fechado en veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta, desató la litis con las siguientes condenaciones del demandado:

"1° Condénase al señor Ezequiel Hoyos a pagar a la Compañía de Gaseosas Ramírez o a su representante, tres días después de notificado de esta sentencia, la suma de tres mil trescientos sesenta pesos (\$ 3,360) moneda corriente, como valor de la multa o pena estipulada en el contrato que consta en el documento privado de fecha primero de noviembre de mil novecientos veintiséis, por haber vendido el señor Hoyos la casa materia del contrato de arrendamiento, antes de la expiración de éste.

"2° El señor Hoyos pagará igualmente a la nombrada Compañía los intereses legales de la cantidad a que se refiere el punto anterior, desde el día del otorgamiento de la escritura de venta de la casa arrendada, o sea desde el treinta y uno de marzo de mil novecientos veintiocho en adelante, hasta el día del pago; y

"3° Se condena al expresado señor Hoyos al pago de las costas de este juicio."

Por apelación del demandado, el Tribunal Superior de Cali, en sentencia de diez y ocho de agosto de mil novecientos treinta, confirmó la de primer grado. El demandado interpuso casación, fundando el recurso ante el Tribunal sentenciador. El recurso es admisible y se basa en la primera causal de casación.

Primer motivo:

La sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por haberle dado una interpretación errónea.

Dice el doctor Francisco Daza, apoderado del recurrente:

"Consecuencia del principio establecido en el artículo 1759 del Código Civil en relación con el 1857 del mismo

Código, rige lo dispuesto en el artículo 1760 de esa obra, según el cual, siempre, en cualquier caso, en que de haberse celebrado una venta de bienes raíces quieran derivarse derechos, debe probarse la venta con la escritura pública respectiva, a menos de extravío de la prueba principal, comprobado, para recurrir a la supletoria."

Y agrega:

"El Tribunal, en la exigencia en juicio de la prueba solemne para acreditar una compraventa, entra a hacer distinciones en los casos en que esa prueba funciona, y dice que si se trata de probar el dominio o la existencia del contrato para resolverlo, sí sería indispensable la prueba solemne; pero que en puntos que sean como de menos importancia o colaterales, no es así, sino que la compraventa puede probarse con testigos. A mi juicio, la disposición del artículo 1760 del Código no entra a hacer, ni comporta esas distinciones. Si la venta no se perfecciona, en tratándose de bienes raíces, mientras no se haya otorgado escritura pública, y si la ley dice que siempre que trate de probarse una venta, no hace la ley excepciones, que en toda regla deben existir, clara y expresamente, si no se produce la escritura para el Juez, debe tenerse el acto por no existente, admitir la existencia con otra prueba implica una interpretación errónea del artículo 1760 del Código Civil. No distingue la ley entre cuestiones de dominio, acciones de resolución, puntos colaterales, etc. Y como los Jueces son simples aplicadores de la ley, la interpretación del Tribunal ha violado el artículo 1760 citado, dándole una errada interpretación a sus términos."

Se considera:

La cláusula del contrato de arrendamiento celebrado entre Ezequiel Hoyos y la Compañía de Gaseosas Ramírez, cuya infracción por parte del arrendador es el motivo del presente litigio, dice así:

"En este estado hacemos constar: que este contrato empezará a regir no desde el primero del presente mes, sino del día once en adelante; que el arrendatario, señor Hoyos, se compromete en caso de venta o enajenación de la propiedad, a responder a la Compañía por el valor de este contrato, estimado en tres mil trescientos sesenta pesos (\$ 3,360)."

De manera que la cuestión fundamental estudiada en las instancias, fue la de saber si Hoyos vendió o enajenó la finca raíz materia del contrato de arrendamiento. La Compañía demandante, para comprobar este hecho, presentó, junto con la demanda, copia de las posiciones pedidas por Hoyos y absueltas por el representante de la Compañía ante el Juez 3º del Circuito de Cali, en las cuales confiesa el demandado haber hecho la venta de la casa a Clemencia Restrepo Arboleda, y certificado expedido el once de mayo de mil novecientos veintiocho por el Registrador de instrumentos públicos del Circuito de Cali, en que consta "que por escritura número 563, de treinta y uno de marzo de mil novecientos veintiocho, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito y registrada al folio 481, partida número 793 del Libro 1º de Registro, con fecha doce de abril pasado, Ezequiel Hoyos vende a Clemencia Restrepo Arboleda una casa situada en la esquina formada por la carrera 8ª y la calle 14, de esta ciudad, alinderada así:....."

El cargo formulado por el recurrente se refiere a la parte de la sentencia en que el Tribunal llega a la conclusión de que, no siendo la materia del pleito el domi-

nio de bienes raíces, sino que éste se alega en el juicio por alguna circunstancia, bien puede comprobarse por medio distinto de la escritura pública registrada.

Si bien es cierto que en el caso que se estudia no se discute el dominio de la finca materia del contrato de arrendamiento, también lo es que la acción de la Compañía demandante no puede prosperar sino comprobando que el demandado Hoyos vendió o enajenó la cosa arrendada, y la venta o enajenación de inmuebles no existen ante la ley, si no se ha otorgado y registrado la competente escritura pública, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1857, inciso 2º, del Código Civil, en relación con el 2673 de la misma obra. La falta de ese instrumento no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad (artículo 1760 ibídem), a no ser en el caso excepcional contemplado en el artículo 2675 del Código Civil.

Al establecer el Tribunal que no era indispensable traer a los autos la escritura pública registrada para acreditar la venta que se dice el demandado hizo del inmueble arrendado, y al aceptar como prueba suficiente la confesión del demandado, interpretó erróneamente la disposición del artículo 1760 citado, y la sentencia es casable por este motivo.

Y como tal motivo justifica plenamente la primera causal de casación, y ésta es suficiente para infirmar en su totalidad la sentencia recurrida, la Corte se abstiene de examinar a fondo el segundo motivo alegado por el recurrente (véase *Jurisprudencia de la Corte*, tomo III, número 464).

Como el demandado confesó haber vendido la casa arrendada, y como el Registrador certifica haber registrado la escritura respectiva, la Corte resuelve dictar auto para mejor proveer, a fin de pronunciar una sentencia de acuerdo con la justicia y con la ley; estima indispensable agregar a los autos la copia de la escritura de venta.

En mérito de 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, decide:

1º. Casar la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Cali, con fecha diez y ocho de agosto de mil novecientos treinta.

2º. Se dicta auto para mejor proveer, con el objeto de que se traiga al juicio copia notarial de la escritura número quinientos sesenta y tres, de treinta y uno de marzo de mil novecientos veintiocho, otorgada en la Notaría 1ª de Cali, por la cual el señor Ezequiel Hoyos vendió a la señora Clemencia Restrepo Arboleda la casa que había arrendado a la Compañía de Gaseosas Ramírez, para lo cual se librará el correspondiente despacho al señor Notario 1º de Cali, previa citación de las partes.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del doctor Germán B. Jiménez.

Con todo el respeto que merece el concepto de la mayoría de la Sala, que sirve de fundamento a la sentencia que precede, tengo la pena de salvar mi voto, porque estimo que al reconocerse, como allí se reconoce, que "en

el caso que se estudia no se discute el dominio de la finca materia del contrato de arrendamiento," esto es, que la parte demandante no aduce el hecho de haber vendido esa finca al demandado, para deducir de él ningún efecto jurídico propio de ese contrato, sino simplemente un suceso ocurrido sin intervención suya, en virtud del cual dejaron de cumplirse las estipulaciones del contrato de arrendamiento, causándole los perjuicios que detalla el libelo de demanda, debieron apreciarse como prueba de ese hecho la confesión del demandado, la certificación del Registrador de instrumentos públicos, y todos los hechos circunstanciales alegados por el demandante; pues no se trata de acreditar ninguna obligación nacida directa y necesariamente del contrato de venta de un bien raíz, sino la infracción del contrato de arrendamiento.

Estimo, pues, que no era el caso de infirmar la sentencia recurrida.

Bogotá, abril veintiocho de mil novecientos treinta y dos.

Germán B. Jiménez

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

La Casa comercial denominada Franco Hermanos & Compañía, domiciliada en Palmira, Departamento del Valle, por medio de apoderado demandó a Emilio Mejía E., vecino de Belalcázar, para que con su audiencia se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que el demandado señor Mejía E. no ha cumplido en todas sus partes y estrictamente el contrato de venta de pieles, que a su nombre celebró el señor Francisco Luis Osorio en el mes de octubre de mil novecientos veinticuatro (1924), en la ciudad de Palmira, Departamento del Valle del Cauca, con los señores Franco Hermanos & Compañía, del comercio de dicha plaza.

"Segunda. Que el mismo demandado, señor Mejía E., no ha entregado en su totalidad y de acuerdo con el contrato de que se ha hecho mención, las treinta mil (30,000) libras de pieles de primera calidad a los señores Franco Hermanos & Compañía, del comercio de Palmira, y por las cuales dicha Compañía pagó al demandado la cantidad de cuatro mil seiscientos cincuenta pesos moneda legal, entrega que ha dejado de hacer en tal forma, no obstante ser esa su obligación.

"Tercera. Que el mismo demandado, señor Mejía E., tan sólo ha entregado a los señores Franco Hermanos & Compañía, pieles por valor de dos mil setecientos cincuenta y un pesos con cincuenta y cuatro centavos (\$ 2,751-54), y, en consecuencia, que el mismo demandado debe a los señores Franco Hermanos & Compañía una cantidad de pieles de primera calidad, puestas en el puerto de La Virginia del río Cauca, a razón de quince y medio centavos oro la libra (\$ 0-15½), hasta cubrir el saldo de mil ochocientos noventa y ocho pesos con cuarenta y seis centavos (\$ 1,898-46) a cargo del demandado, entrega que éste debe hacer dentro del tercero día de ejecutoriada la sentencia.

"Cuarta. Que el mismo demandado, señor Mejía E., debe indemnizar a los demandantes Franco Hermanos & Compañía los perjuicios que les ha ocasionado por no haber entregado todas las pieles de primera calidad den-

tro del plazo y en el lugar convenido por los contratantes.

"En subsidio. Quinta. Que el demandado señor Mejía E. está en la obligación de pagar a los señores Franco Hermanos & Compañía la cantidad de mil ochocientos noventa y ocho pesos cuarenta y seis centavos moneda legal (\$ 1,898-46), y los intereses de esta suma, a la rata comercial, desde el veinte de febrero del corriente año hasta la fecha en que se verifique el pago; y

"Sexta. Que el demandado debe pagar las costas del juicio."

Como fundamento de derecho se alegaron las disposiciones de los artículos 182 y 184 del Código de Comercio, 1602, 1603, 1618, 1605, 1608, 1613, 1614, 1615, 1621 del Código Civil, y los siguientes hechos:

"Primeró. En el mes de octubre del año próximo pasado, la asociación colectiva comercial que gira en Palmira bajo la denominación de Franco Hermanos & Co., celebró un negocio de pieles con el señor Emilio Mejía E., vecino del Municipio de Belalcázar, jurisdicción de este Circuito, y por medio de su recomendado, agente o compañero de negocios, señor Francisco Luis Osorio.

"Segundo. El mencionado negocio se llevó a cabo de la siguiente manera: el señor Mejía E., o mejor dicho, su representante Osorio, en nombre del mentado Mejía E., se comprometió a vender a Franco Hermanos & Co. trescientos (300) quintales de pieles de primera calidad, o sean treinta mil libras, a razón de quince y medio centavos (\$ 0-15½) libra.

"Tercero. El mismo día en que celebró el negocio que se acaba de relacionar, el señor Mejía E., o mejor dicho, su representante Francisco Luis Osorio, recibió de Franco Hermanos & Co. la cantidad de cuatro mil seiscientos cincuenta pesos (\$ 4,650) oro legal, valor de las treinta mil libras de pieles de primera calidad, a razón de quince y medio centavos la libra, dinero que a su vez recibió Mejía de su agente Francisco Luis Osorio.

"Cuarto. El señor Mejía E. no ha cumplido con la obligación de entregar el total de las pieles de primera calidad dentro del término estipulado en el contrato.

"Quinto. De las 30,000 libras que Mejía vendió a los señores Franco Hermanos & Co., de Palmira, tan sólo ha entregado las siguientes partidas de primera calidad:

"Una de 114 pieles, con peso de 2,959 libras.

"Una de 157 pieles, con peso de 3,954 libras.

"Una de 74 pieles, con peso de 1,730½ libras.

"Una de 92 pieles, con peso de 2,310 libras.

"Lo que da un total de pieles de primera calidad de 10,953½ libras, que, al precio estipulado de \$ 0-15½, dan un total en dinero de \$ 1,697-79.

"Sexto. El mismo señor Mejía E. ha entregado pieles de segunda y tercera calidad, por valor de \$ 1,053-75.

"Séptimo El negocio llevado a cabo con el señor Mejía E. se perfeccionó con el agente de dicho señor, de la siguiente manera:

"Osorio, a nombre de Mejía E., se comprometió a entregar 30,000 libras de pieles de calidad superior, a razón de \$ 0-15½ la libra, y en virtud de ese compromiso le ordenó telegráficamente a Mejía consignara aquella cantidad a Pinzón & Co., y a la orden de Mario Botero, de Cali; pues los señores Franco Hermanos & Co. celebraron a su vez con este último el negocio de venta de las 30,000 libras de pieles de primera calidad, en iguales condiciones del contrato efectuado con el agente de Mejía E.

"Octavo. Desde la fecha en que se recibió la primera remesa de pieles en Cali, el señor Mario Botero R. protestó inmediatamente del hecho de habersele remitido pieles que no eran en su totalidad de la calidad superior o de primera, y que iban en tal remesa muchas de segunda y de tercera calidad.

"Noveno. De este protesto, y en cumplimiento de un deber legal, los señores Franco Hermanos & Co. dieron inmediatamente aviso al señor Mejía E., y le especificaron con datos precisos las cantidades de pieles de primera, de segunda y de tercera clase recibidas por el señor Botero R. en la primera remesa, circunstancia o acontecimiento de que recibió oportuna noticia el mencionado señor Mejía E., por medio de la nota de crédito número 497, que le dirigieron los señores Franco Hermanos.

"Décimo. Idéntica manifestación le hicieron éstos al mismo señor Mejía en sus notas de crédito números 533, 533 bis y 553, del mes de octubre de mil novecientos veinticuatro, y en la nota de abono número 556, de veintiocho de marzo de este año.

"Undécimo. Las cuentas de que se ha hablado, las notas de abono y de crédito, y la apreciación y calificación comercial de las pieles entregadas por el señor Mejía E., no fueron glosadas por dicho señor oportunamente, y en consecuencia fueron expresamente aceptadas de acuerdo con la ley.

"Duodécimo. El mismo señor Mejía E. recibió, según hemos indicado, la cantidad de \$ 4,650 oro legal, en un cheque contra el Banco Hipotecario del Pacífico, cheque que fue cobrado por su agente o compañero de negocios señor Francisco Luis Osorio. Consecuencialmente el señor Mejía E. ha dejado de entregar pieles por valor de \$ 1,898-46 oro legal.

"Décimotercero. A pesar de las reiteradas reclamaciones y exigencias de los señores Franco Hermanos & Co., el mencionado señor Mejía E. se ha negado y se niega a dar estricto cumplimiento a sus obligaciones, emanadas del contrato de venta de pieles, celebrado con dichos señores por intermedio de Francisco Luis Osorio, agente, recomendado o compañero de negocios del prenombrado señor Mejía.

"Décimocuarto. En la época en que se celebró el negocio o contrato antes relacionado, la cotización o valor comercial de las pieles era el siguiente:

"Primera calidad, de \$ 0-14 a \$ 0-16 la libra.

"Segunda calidad, de \$ 0-07 a \$ 0-08 la libra.

"Tercera calidad, de \$ 0-03 a \$ 0-04 la libra.

"En consecuencia, el contrato de que tantas veces se ha hecho mención, celebrado entre Mejía E. y Franco Hermanos & Co., no se puede interpretar de otra manera distinta a la de la convención celebrada, es decir, ha de entenderse que la principal obligación contraída por el vendedor Mejía fue la de entregar pieles de **primera calidad** y en cantidad de 30,000 libras, como con toda certeza y evidencia lo dicen el precio en dinero recibido por Mejía (\$ 4,650), la cantidad de la cosa vendida y la cotización comercial de ésta en la época de la compraventa, aparte de que esa obligación fue la expresamente estipulada.

"Décimoquinto. El señor Mejía E. aprobó de modo expreso y claro el negocio hecho por su recomendado, mandatario o agente Osorio, y por consiguiente, en forma legal, quedó obligado para con mis mandantes a cumplir fielmente aquel negocio. Los señores Franco Hermanos le dirigieron a Mejía, con fecha veinticuatro de

octubre de mil novecientos veinticuatro, una carta, en que le relacionaban dicho negocio, y esa carta fue contestada por Mejía con fecha diez y seis de noviembre del mismo año, diciendo, entre otras cosas, lo siguiente:

"Enterado del perfeccionamiento del negocio hecho por el señor Francisco Luis Osorio, en mi nombre, sobre pieles, lo acepto en un todo, y sólo siento no haber continuado el despacho de ellas por motivos intempestivos, ocasionados por el mucho invierno que invade estas regiones."

"Décimosexto. La asociación colectiva de comercio que gira en Palmira con la razón social Franco Hermanos & Co., se constituyó por escritura pública número 135, de cuatro de abril de mil novecientos veinticuatro, otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Palmira, y se reorganizó por escritura pública número 285, de fecha quince de junio del corriente año; y

"Décimoséptimo. La mencionada Compañía, por escritura pública número 297, de diez y siete de junio citado, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Palmira, me ha conferido poder general para pleitos."

El demandado contestó la demanda, oponiéndose a que se hagan las declaraciones en ella pedidas, negó los hechos en lo sustancial, y opuso la excepción perentoria de falta en el demandante del carácter de acreedor del demandado, y todo otro hecho en virtud del cual las leyes declaran la inexistencia de la obligación, o su extinción, si llegó a existir.

El Juez desató la litis así:

"Primera. Que el demandado señor Emilio Mejía Escobar, mayor de edad y vecino del Municipio de Belalcázar, no ha cumplido en todas sus partes y estrictamente el contrato de venta de pieles que en su nombre celebró el señor Francisco Luis Osorio, en el mes de octubre de mil novecientos veinticuatro, en la ciudad de Palmira, del Departamento del Valle, con los señores Franco Hermanos & Compañía, del comercio de dicha plaza.

"Segunda. Que el mismo demandado, señor Emilio Mejía Escobar no ha entregado en su totalidad y de acuerdo con el contrato de que se ha hecho mención en el punto anterior, las treinta mil libras (30,000) de pieles de primera calidad a los señores Franco Hermanos & Co., del comercio de Palmira, y por los cuales dicha Compañía pagó al demandado la cantidad de cuatro mil seiscientos cincuenta pesos (\$ 4,650) moneda legal, entrega que ha dejado de hacer en la forma acordada, y faltando, en consecuencia, a sus obligaciones.

"No hay lugar a hacer la tercera de las declaraciones invocadas en la parte petitoria del libelo de demanda, por la ausencia de pruebas en relación con este asunto.

"Cuarta. Que el demandado Emilio Mejía Escobar debe indemnizar a los demandantes Franco Hermanos & Co. los perjuicios que les ha ocasionado, por no haber entregado todas las pieles de primera calidad dentro del plazo y lugar convenido por los contratantes; perjuicios que deben justipreciarse en juicio aparte.

"No hay lugar a la declaratoria invocada en subsidio, a que hace referencia el punto quinto del libelo de demanda, por faltar la prueba suficiente; y

"Sin costas, por no aparecer de manifiesto la injusticia de sostener la demanda."

A virtud de apelación interpuesta por ambas partes, el Tribunal, por sentencia de cuatro de noviembre de mil novecientos veintinueve, revocó la de primera instancia, y en su lugar resolvió:

"..... El demandado Emilio Mejía E. cumplió en todas sus partes y estrictamente el contrato de venta de pieles, que en su nombre celebró el señor Francisco Luis Osorio, en el mes de octubre de mil novecientos veinticuatro, en la ciudad de Palmira, con los señores Franco Hermanos & Co., del comercio de dicha plaza, pero dicho cumplimiento se efectuó después de vencido el plazo y la prórroga fijados.

"El demandado señor Emilio Mejía E. si entregó en su totalidad, y de acuerdo con el contrato de que ha hecho mención, las treinta mil libras (30,000) de pieles a los señores Franco Hermanos & Co., del comercio de Palmira, por las cuales dicha Compañía pagó a Mejía la cantidad de cuatro mil seiscientos cincuenta pesos (\$ 4,650) moneda legal, pero la entrega no se verificó toda dentro del plazo y la prórroga determinados.

"2° Se declaran no probadas las excepciones; y

"3° Se confirmará la misma sentencia en cuanto a las decisiones recaídas a las peticiones tercera, cuarta, quinta y sexta, pero con la reforma, aclaración o enmienda en lo relativo a la cuarta decisión, de que se descartan de allí las frases que dicen: 'de primera calidad' 'y en el lugar.' Es decir se condena al demandado Emilio Mejía E. a indemnizar a los demandantes Franco Hermanos & Co. los perjuicios que les han ocasionado por no haber entregado todas las pieles dentro del plazo convenido.

"Y el juicio separado para la fijación de los perjuicios debe ser sumario con intervención de peritos, y teniendo en cuenta que por Mejía se entregaron novecientas ochenta y seis libras más de pieles, sobre las treinta mil de la convención.

"No se hace especial condenación en costas, por haber apelado ambas partes y por razón de la reforma."

La parte demandante ocurrió en casación. Como la demanda reúne los requisitos legales, el recurso es admisible, y por ello se procede a estudiarlo.

Se alegó la causal primera, y el recurrente considera casable la sentencia del Tribunal por varios motivos:

1° Violación del artículo 93 de la Ley 153 de 1887.

Estima el recurrente que el Tribunal violó esta disposición por interpretación errónea, en cuanto este artículo exceptúa de las disposiciones referentes a la exclusión de la prueba testimonial los casos en que haya un principio de prueba por escrito.

Se refiere este cargo a las apreciaciones que hizo el Tribunal con referencia a la carta del demandado Mejía, y las posiciones que éste absolvió, respecto de las cuales el sentenciador dijo:

"Esa carta de Mejía no constituye un principio de prueba por escrito, como lo entendió el Juez. Nótese que lo que se busca, ante todo, es el compromiso por pieles de primera calidad, y ella no comporta esa obligación, como está demostrado. Ni las posiciones entrañan otra confesión que la de haberse celebrado el contrato por pieles, sin especificar clase, punto éste que es la base principal del pleito.

"Si, pues, no hay prueba de contrato en forma legal, ni confesión, ni principio de prueba, y pasa de quinientos pesos, es inútil entrar en el análisis de la prueba de testigos, que es inaceptable, y por consiguiente, nada hay que deducir por innecesario, sobre las tachas propuestas."

En desarrollo del cargo cita el recurrente el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, según el cual se entiende por

principio de prueba por escrito "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. Así, un pagaré de más de quinientos pesos en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda, porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba, para que por medio de testigos se supla esta circunstancia."

Tomando por base el ejemplo anterior, dice el autor del recurso que precisamente el algo que no consta en el escrito es lo que debe ser objeto de prueba testimonial, que venga a suplir ese defecto del escrito o a complementar, sin que pueda limitarse el principio de prueba por escrito a sólo aquellos escritos que contienen todo el tenor literal de la convención, pero no por carácter de ciertos requisitos no pueden tenerse como prueba; ni debe entenderse, como erróneamente lo entendió el Tribunal, continúa el recurrente, que el principio de prueba por escrito ha de referirse al punto preciso de la negociación sobre el cual no estén de acuerdo las partes.

Que en el presente caso puede tomarse como principio de prueba por escrito la confesión explicada que hizo el demandado en las posiciones que absolvió, y en las cuales reconoció haber celebrado el contrato de las pieles, porque la circunstancia negada en ellas sobre la calidad de estas pieles, tiene íntima relación con el contrato; porque tratábase de un artículo de los que se negocian en atención a su calidad, que no se tenía a la vista para identificarle, sino más tarde, o sea en el momento de la entrega. Que la confesión puede tomarse como principio de prueba por escrito, según jurisprudencia de la Corte, que cita el autor del recurso y la doctrina de los expositores. Y porque también obran en autos la carta de diez y siete de noviembre de mil novecientos veinticuatro, dirigida por el demandado Mejía a la Casa demandante, y el telegrama de diez y nueve de octubre del mismo año, en que el mismo demandado da instrucciones a sus recomendados para el negocio de las pieles, advirtiéndoles que debían especificar la clase. Que con esos elementos, sobre principio de prueba por escrito, eran admisibles las declaraciones de Juan Pablo Echeverri, Florencio Mejía y Jorge Orozco, que establecen plenamente, dice el recurrente, la calidad de las pieles, especialmente la del último, porque debía intervenir en el negocio, y por las presunciones que resultan del hecho de tratarse de mercancías negociables en consideración a su calidad, que no se tenían a la vista en el momento del contrato, ni estaban en poder del vendedor; y del hecho no discutido de haberse estipulado el precio de quince centavos y medio la libra de pieles, precio que del comercio de la región correspondía a pieles de superior calidad.

Se considera:

Conforme al artículo 93 de la Ley 153, que el recurrente estima violado, es admisible la prueba testimonial para comprobar la obligación de entregar cosa cuyo valor pase de quinientos pesos, cuando haya un principio de prueba por escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso. ¿Qué ha de contener tal escrito?

Conforme a la disposición anterior, para que sea admisible la prueba testimonial, cuando se demanda la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos, que no se haya hecho constar por escrito, es de rigor que aparezca un escrito, que puede ser hasta una carta misiva de la parte a quien se opone o de su representante que haga verosímil el hecho u obligación que

se trata de establecer; pero la disposición no exige que en el escrito se mencione precisamente el hecho litigioso, porque si así fuera, podría haber desde luego la prueba del hecho mismo. Debe, si, tener el hecho que se menciona en el escrito, relación estrecha con el que se investiga, en términos que racionalmente permita deducirlo, o complementar su existencia con la prueba testimonial o con presunciones. Así lo da a entender claramente el ejemplo que cita la misma disposición y traen los expositores. Pothier cita otros ejemplos, entre los cuales figura el de un préstamo en que se ha expresado la cantidad debida, pero en que no se indica la clase de moneda, y concluye dicho autor que es inadmisibles la prueba testimonial para comprobar la clase de moneda, francos, dólares, etc. (*Obras de Pothier*, tomo II, página 430 y siguientes).

En el caso de que se trata, el demandado Mejía E. confesó en posiciones, y en la carta de diez y nueve de noviembre de mil novecientos veinticuatro, dirigida a los demandantes, la obligación de entregarles treinta mil libras de pieles de res por el precio de cuatro mil seiscientos cincuenta pesos (\$ 4,650), en cumplimiento del contrato celebrado por los mismos demandantes con Francisco Luis Osorio, recomendado del demandado, pero Mejía negó haber quedado obligado a entregar esas pieles de primera calidad. El hecho litigioso es, pues, únicamente el relativo a la calidad de las pieles, a la modalidad de esta obligación. El Tribunal, en el aparte que anota el recurrente, dice que no puede reconocerse que Mejía quedara obligado a entregar pieles de primera calidad, o mejor dicho, que como en esas pruebas no se menciona tal hecho litigioso, no podía complementarse con los testimonios que los demandantes han aducido para establecer la calidad de las pieles.

La Corte encuentra fundado el cargo de error de derecho de parte del Tribunal, en la interpretación del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, al exigir que en el escrito que se aduce como principio de prueba por escrito se mencione precisamente el hecho litigioso, y que en el caso no puede tomarse como principio de prueba por escrito la carta y las posiciones que absolvió el demandado, porque estando allí reconocida la obligación de entregar las pieles por parte de Mejía, sólo quedaba por establecer la calidad de éstas, y si se aceptara la tesis rígida del Tribunal, de que es preciso que en el escrito se mencione el hecho litigioso, no sólo se iría contra la disposición legal citada, que no contiene tal exigencia, y contra la doctrina de los expositores y la jurisprudencia, donde se ha interpretado disposición igual a la de que se trata, sino que se restringiría casi por completo la admisibilidad de la prueba testimonial.

Ahora: los testigos. Juan Pablo Echeverri y Florencio Mejía, acordes en las circunstancias de tiempo y lugar, declaran que, por haberlo presenciado, les consta que Francisco Luis Osorio, como recomendado de Emilio Mejía E., se comprometió con la Casa de Franco Hermanos & Compañía, de Palmira, a entregarles treinta mil libras de pieles de res, de primera calidad por el precio total de cuatro mil seiscientos cincuenta pesos (\$ 4,650). Además, es un hecho aceptado por el demandado, que él recibió el precio de las pieles, a razón de quince centavos y medio la libra, precio que, conforme a lo declarado por los testigos Mamerto Artunduaga y Bernardo Botero, era el que correspondía, en lugar y tiempo del contrato, a pieles de la mejor calidad. Por consiguiente, al no admitir el Tribunal toda esa prueba para comple-

tar la obligación reconocida por el demandado Mejía de entregar aquellas treinta mil libras de pieles, violó la disposición del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, y por ello debe casarse la sentencia, sin necesidad de examinar los demás cargos.

Para resolver en esta instancia, se considera:

En el primer capítulo de la demanda se pide la declaración de que el demandado Emilio Mejía E. no ha cumplido estrictamente y en todas sus partes el contrato de venta de pieles que a su nombre celebró el señor Francisco Luis Osorio en el mes de octubre de mil novecientos veinticuatro en la ciudad de Palmira, del Departamento del Valle, con los señores Franco Hermanos & Compañía, del comercio de dicha plaza.

Conforme al artículo 1757 del Código Civil, incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta.

El demandado Mejía E., según lo dicho atrás, quedó obligado a entregar a los demandantes treinta mil libras de pieles de res de primera calidad, en el puerto de La Virginia, del río Cauca, en el término de dos meses, a partir de la fecha del contrato.

Para establecer el cumplimiento de esta obligación, el demandado Mejía adujo las declaraciones de los testigos Roberto Agudelo, Manuel Mejía, José Manuel Hernández, Luis Vásquez y Juan Cancio Mejía, quienes uniformemente expusieron que tuvieron conocimiento del negocio de las pieles de que se trata, no sólo por haber sido público en el Municipio de Belalcázar, como por haberse oído referir a Francisco Luis Osorio y a otras personas, que las pieles despachadas por Emilio Mejía E. al puerto de La Virginia, por cuenta de los señores Franco Hermanos & Compañía, eran de superior calidad, de ganado caucano, cebado en las vegas de Rizaralda, o de las mejores pieles que se obtienen en el país, por cuanto en el mismo Municipio se consume ganado de la mejor clase.

Como se ve, los testigos deponen, no por conocimiento directo y personal de las pieles entregadas por el demandado, sino por referencia al dicho del recomendado del demandado Mejía y de otras personas, lo que hace que su testimonio no sea admisible para establecer el hecho de la entrega de las pieles de primera calidad, conforme a lo que estatúa el artículo 608 del Código Judicial, entonces vigente. Además, en contrario obran en autos las declaraciones de los testigos Leopoldo Molina, Jeremías Figueroa, Pedro Antonio Flórez, Bernardo Botero, Luis Alfonso Soto y Mamerto Artunduaga, quienes, por haber intervenido en la entrega de las pieles remitidas por el demandado, al puerto de La Virginia, del río Cauca, no fueron todas de primera calidad, porque vieron que en su mayor parte iban pieles de segunda y de tercera clase. En los recibos que dio de las pieles el agente José Manuel Angel, y que el demandado adujo para comprobar el cumplimiento de su obligación, sólo aparece que las pieles entregadas por Mejía alcanzaron a un peso de quince mil cuatrocientos noventa y cuatro kilos, pero no se expresa en dichos recibos la clase de esas pieles. No hay lugar a aplicar al caso el artículo 250 del Código de Comercio, según el cual "entregadas las mercancías vendidas, el comprador no será oído sobre defecto de calidad o falta de cantidad, toda vez que las hubiere examinado al tiempo de la entrega y recibíndolas sin previa protesta," porque consta de la carta de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos veinticuatro, dirigida por los demandantes al demandado, y de los tele-

gramas que en copia obran en autos, aceptados por Mejía en las posiciones que absolvió dentro del juicio, que al recibir los demandantes la primera remesa de pieles en el sitio convenido, y ver que no eran de primera calidad todas, hicieron la respectiva protesta, que exige la disposición transcrita, para dejar a salvo su reclamo.

Por consiguiente, no puede reconocerse que el demandado hubiera cumplido en su totalidad el contrato, entregando pieles de primera calidad, y por ello procede la primera declaración de la demanda, o sea que hubo incumplimiento del contrato por parte del demandado, como lo reconoció el fallo de primera instancia.

Por idénticos motivos es también procedente la segunda declaración de la demanda, de no haber entregado el demandado Mejía, de acuerdo con el contrato, todas las treinta mil libras de pieles de primera calidad a Franco Hermanos & Compañía, por el valor de cuatro mil ochocientos cincuenta pesos (\$ 4,850), recibidos por aquél.

En el punto tercero de la demanda se pidió el reconocimiento de que el mismo demandado tan sólo entregó pieles por valor de dos mil setecientos cincuenta y un pesos cincuenta y cuatro centavos (\$ 2,751-54), y que, en consecuencia, debe a los demandantes una cantidad de pieles de primera calidad, puestas en el puerto de La Virginia, del río Cauca, a razón de quince centavos y medio la libra, hasta completar el saldo de mil ochocientos noventa y ocho pesos con cuarenta y seis centavos (\$ 1,898-46).

En este punto se demanda el cumplimiento parcial del contrato a que da derecho la regla general establecida en el artículo 1546 del Código Civil; pero la Corte estima que no puede hacer tal declaración en la forma pedida, porque no puede imponerse al demandado un precio de pieles fijado sin su intervención por un tercero en el contrato, para establecer el de las pieles entregadas por el demandado, y por consiguiente, el valor de las que dejó de entregar, que determinan los demandantes en esta petición.

En el punto cuarto se demandan los perjuicios que el demandado ha ocasionado a los demandantes, "por no haberles entregado todas las pieles de primera calidad dentro del plazo y en el lugar convenido por los contratantes."

Habiéndose pedido en el punto anterior el cumplimiento parcial del contrato, o entrega del saldo de pieles, no puede entenderse que en la petición cuarta se comprendan perjuicios por incumplimiento, porque para ello habría sido preciso que en esa parte la petición cuarta hubiera venido en subsidio de la tercera, ya que no se puede pedir a la vez el cumplimiento total o parcial del contrato y perjuicios por incumplimiento. De consiguiente, la petición cuarta sólo puede entenderse que comprende perjuicios por la simple demora de la entrega de las pieles, a lo cual si tienen derecho los demandantes, conforme al artículo 248 del Código de Comercio, por haber confesado el demandado la no entrega de las pieles contratadas en el plazo estipulado.

En la petición quinta subsidiaria se demanda el pago de la suma de mil ochocientos noventa y ocho pesos cuarenta y seis centavos (\$ 1,898-46), con los intereses comerciales de esta suma, desde el veinte de febrero de mil novecientos veinticinco hasta la fecha en que se verifique el pago.

Esta petición adolece del mismo defecto que se anotó respecto de la petición tercera, pues no habiéndose determinado con intervención del demandado, el valor de

las pieles que se dejaron de entregar, ni el número de las entregadas de primera calidad y su precio, no puede reconocerse que sea la cantidad determinada por los demandantes en esta petición la que el demandado esté debiendo.

El demandado alegó como defensa o excepciones por no haber entregado oportunamente las pieles contratadas, el hecho de no haber conseguido fletes para el transporte de aquéllas, debido al excesivo invierno en la época del cumplimiento del contrato, y falta del carácter de acreedor en la persona de los demandantes, por no haber contratado el recomendado del demandado con dicha Casa, sino personalmente con el señor Guillermo Franco.

Respecto de la primera excepción, no se trajo prueba alguna a los autos, y tampoco en razón a la segunda; pues como dice el Tribunal, en todo el curso del juicio se ha aceptado por el demandado que el negocio se celebró con la Casa demandante de Franco Hermanos & Compañía, por medio de su socio Guillermo Franco, lo que aparece de la carta de diez y nueve de noviembre de mil novecientos veinticuatro, en que Mejía manifestó a los demandantes que aceptaba o aprobaba el contrato celebrado en nombre de aquél por su recomendado Francisco Luis Osorio.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de fecha cuatro de noviembre de mil novecientos veintinueve, dictada por el Tribunal Superior de Manizales, y confirma la de primera instancia, con la sola reforma de que los perjuicios que se reconocen de la petición cuarta de la demanda son los causados por la demora en la entrega de las pieles en el plazo convenido, perjuicios que se determinarán en la forma indicada en el artículo 553 de la Ley 105 de 1931. No hay costas en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Secretaría y por medio de la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, marzo treinta y uno de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado de calificación convocado y reunido en legal forma para decidir sobre la responsabilidad de los encausados Francisco Llugaya y José Barbier, por el delito de robo porque se les llamó a juicio, le fue propuesto por el señor Juez del conocimiento, primero Superior del Distrito Judicial de Medellín, el siguiente cuestionario:

"Cuestión primera.

"¿El acusado Francisco Llugaya es responsable de haber sustraído, haciendo fuerza y violencia a las cosas y con ánimo de apropiárselos, del almacén de la Casa comercial de F. L. Moreno & Compañía, situado en el parque de Berrio de esta ciudad, la cantidad de mil ocho-

cientos noventa pesos con quince centavos (\$ 1,890-15) y artículos de mercancías avaluados en nueve pesos con setenta centavos (\$ 9-70), de dichos señores F. L. Moreno & Compañía; hechos ocurridos en la noche del veintuno al amanecer del veintidós de agosto del año próximo pasado?"

Cuestión semejante a la anterior fue propuesta respecto de José Barbier.

En ambas cuestiones fueron contestadas así: la primera, por unanimidad, de manera simplemente afirmativa; la segunda, también por unanimidad, en esta forma: "Sí, como cómplice."

Sobre este veredicto el Juzgado dictó su sentencia de fecha nueve de febrero del año pasado, por medio de la cual condenó a los procesados, previa calificación de la delincuencia en segundo grado y con aplicación de las disposiciones legales que estimó pertinentes, a la pena principal de diez años diez meses y quince días de presidio para Llugaya, y siete años y tres meses de la misma pena, para Barbier. Uno y otro fueron condenados además a las accesorias consiguientes.

Apelado el fallo para ante el superior, éste lo confirmó en todas sus partes, en providencia de fecha ocho de agosto del año último.

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron recurso de casación tanto los condenados como sus defensores, recurso que les fue concedido, y remitidos, en consecuencia, los autos a esta Sala para los fines legales del caso.

Y como se halla agotada la tramitación del negocio en este Despacho, debe procederse ya a resolver el recurso.

Para tal efecto se tiene a la vista principalmente las alegaciones de los defensores de los sentenciados dirigidas al Tribunal, alegaciones que dan margen para considerar la casación en el fondo, por cuanto que aducen causal legal pertinente y la fundan en conducentes apreciaciones.

La causal en referencia es la primera del artículo 3° de la Ley 78 de 1923, o sea "ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar." Y la fundan los defensores, en que ha habido mala interpretación de los ordinales 2°, 3° y 7° del artículo 117 del Código Penal y de los numerales 1° y 2° del artículo 791 de la misma obra, y por lo mismo, tales disposiciones han sido violadas al darles aplicación en un caso en que no tienen cabida. En resumen, los recurrentes se concretan a atacar el fallo del Tribunal por el aspecto de la calificación de la delincuencia, la cual estiman que se ha debido fijar en el menor grado y no en el segundo, por no existir demostradas circunstancias agravantes en contra de los acusados y si favorables en cambio varias atenuantes.

Es indudable que admite ventajosamente discusión en favor de la tesis sostenida por los recurrentes, lo relativo a la existencia en el presente caso de las circunstancias agravantes de que tratan los numerales 2°, 3° y 7° del artículo 117 del Código Penal, porque no hay en autos una prueba inequívoca y rotunda que afirme la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos por la mayor frecuencia de delitos precisamente como el que se contempla, o que se hayan empleado en los hechos que aquí se sancionan, alguna o algunas de las circunstancias que dan mayor gravedad a los delitos en deter-

minados casos, según el numeral 3° citado, o que se halle claramente establecido en el expediente que existió la mayor publicidad en el hecho cuestionado o es de destacada respetabilidad el sitio en que éste se desarrolló. Y es porque para establecer netamente en un expediente circunstancias como las que se dejan enumeradas, sería menester, en el primer caso, tener una estadística más o menos precisa sobre la mayor frecuencia de determinados delitos en determinada región o saber sin lugar a mayor duda que en tal o cual parte se cometen de ordinario, a menudo, comúnmente, es decir, casi con indefectible regularidad, delitos de cierta clase, como sucede con los de sangre en algunas partes del país, como Santander del Sur, Occidente de Boyacá, etc. Para el segundo caso enunciado, sería también preciso que la prueba de la mayor malicia, osadía, crueldad, etc., surgiera de autos completamente clara, de suerte que no hubiera lugar a dudar de ella. Y cosa semejante se requeriría igualmente para el tercer caso, es decir, para acreditar la notoriedad del sitio, local o paraje donde generalmente concurre mucha gente, en términos que ésta se entera con facilidad de todo cuanto allí ocurre en un momento dado.

Quiere significar, en resumen, lo anterior, que cuando se tienen en cuenta para la calificación del grado del delito, circunstancias agravantes, no basta simplemente enunciarlas globalmente y como en abstracto, sino que es indispensable concretarlas y presentar la existencia demostrada de ellas. Y tal cosa debe ser así, porque es obvia la influencia de las circunstancias agravantes en el aumento de la penalidad de un delincuente.

Pero si es verdad que en las circunstancias a que se ha aludido caben las consideraciones anteriores, no es menos cierto que respecto de otras dos invocadas y tenidas en cuenta en el fallo recurrido, existe la plena comprobación. En efecto, no ha podido negarse ni por los mismos interesados, que el robo fue cometido de noche y que fueron dos los ladrones. Estas son circunstancias que aparecen de autos con la más absoluta nitidez. Y los propios defensores de los recurrentes, sólo se han limitado a tratar de atenuar tales circunstancias, diz que por ser extranjeros los delincuentes y por haber declarado el Jurado respecto de uno de ellos simplemente la complicidad, razones que, como fácilmente puede verse, ni desvirtúan, ni disminuyen siquiera la existencia de aquéllas.

El señor Procurador es del mismo parecer en estos particulares, cuando se expresa así:

"Tanto el Juez de la primera instancia como el Tribunal, demostraron que en la consumación del robo concurrieron, por lo menos las circunstancias especiales previstas como agravantes en los ordinales 1° y 2° del artículo 791 del Código Penal, que son el haberse cometido el robo en altas horas de la noche y el ser dos los ladrones. Estas circunstancias son de una evidencia innegable, y una sola de ellas bastaría para justificar la calificación de la delincuencia en segundo grado, al tenor de lo preceptuado por el artículo 123 del Código ya citado.

"La circunstancia de ser extranjeros los reos y no conocer las leyes penales que rigen en la República y la de haber en la ciudad de Medellín alumbrado eléctrico que ilumina como el día, no son razones suficientes para desatender la aplicación estricta de la ley.

"Puede discutirse si en la comisión del delito concurrieron o no las circunstancias agravantes que se establecen en los ordinales 2º, 3º y 7º del artículo 117 de aquel Código y demostrar, como lo han hecho los defensores de los reos, que el señor Juez ha obrado con excesiva severidad al tenerlas en cuenta para calificar en segundo grado la responsabilidad de los acusados. Pero es indudable que si están plenamente establecidas las circunstancias que señalan los dos primeros ordinales del artículo 791, es ineludible la calificación del delito en grado medio.

"El ilustrado defensor de Llugaya, critica como violatoria de la ley la contestación del Jurado respecto a la condenación de Barbier. Dice que la contestación "sí, como cómplice," es cuestión de derecho que no le corresponde resolver al Tribunal de conciencia sino al Juez de la causa.

Sin embargo, el artículo 48 de la Ley 169 de 1896, establece que si el Jurado estima que se ha ejecutado por el acusado un hecho criminoso con circunstancias distintas a las enumeradas en la pregunta, puede expresarlo brevemente en la contestación. Opino que el Jurado reunido en esta causa, al contestar el interrogatorio relativo a Barbier, ha obrado dentro de esa norma.

"En resumen: conceptúa esta Procuraduría que es infundada la causal de casación invocada por parte de los reos, y que así debéis declararlo y mantener firme la sentencia recurrida.

"La Procuraduría ha examinado, una a una, las demás causales de casación enumeradas en el artículo 3º de la Ley 118 de 1931, y no encuentra fundamento alguno para sostenerlas."

Es suficiente lo que se deja expuesto para concluir que la sentencia recurrida debe mantenerse firme.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo que ha sido objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas.
Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, marzo treinta de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado reunido para decidir sobre la responsabilidad de Abel Penilla por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Mateo Gómez, le fue propuesto por el Juez Superior del Distrito Judicial de Pereira, el siguiente cuestionario:

"Cuestión:

"¿El acusado Abel Penilla, mayor de edad y vecino de este Municipio, es responsable del hecho de haber dado muerte a Mateo Gómez, por medio de una herida pro-

ducida con proyectil de arma de fuego (revólver), lo que pasó en el paraje llamado La Fonda, de la jurisdicción municipal de Montenegro, el día cinco de enero de mil novecientos treinta, como a las cinco de la tarde, poco más o menos, y en la ejecución del acto procedió con previa premeditación?"

El Jurado contestó la cuestión anterior así:

"Sí, sin premeditación."

Basado en este veredicto, el Juzgado dictó su fallo de tres de junio del año pasado, por medio del cual, considerando el hecho decidido por el Jurado como homicidio simplemente voluntario, previa calificación de la delincuencia en el menor grado, y con aplicación de las disposiciones penales pertinentes, condenó al encausado a la pena principal de seis años de presidio y a las accesorias correspondientes.

Apelada esta providencia para ante el Tribunal Superior, éste, con fecha veintinueve de septiembre del mismo año, la reformó, en el sentido de imponer a Penilla la pena de nueve años de presidio en lugar de seis, por haber encontrado que la delincuencia debía calificarse en segundo grado, habida cuenta de existir también en contra del acusado circunstancias agravantes y no simplemente atenuantes en su favor.

Contra el fallo del Tribunal interpuso el defensor del sentenciado recurso de casación, el cual le fue concedido, y remitidos los autos a esta Sala para efectos de resolverlos. A ello se procede en seguida, agotada como se halla en este Despacho la tramitación legal propia de estos casos.

El memorial en que se interpuso la casación, único que la sustenta por parte del recurrente, pero que siempre da margen para estudiarlo en el fondo, es el siguiente:

"Roberto Acevedo Gómez, mayor y defensor de Abel Penilla, con respeto manifiesto:

"Con el derecho que me concede el artículo 1º de la Ley 78 de 1923, interpongo recurso de casación para ante la Corte Suprema de Justicia, recurso que sustentaré ante aquella corporación, y que por ahora fundo en los hechos siguientes:

"El señor Juez Superior condenó a Penilla a la pena de seis años de presidio, pena que efectivamente le corresponde, ya que el Jurado contestó el cuestionario propuesto por el señor Juez, descartando la premeditación, y sin que hubiesen sido propuestas siquiera las circunstancias de asesinato, que si así hubiese sucedido, y hubiesen contestado afirmativamente los Jurados, entonces sería tal vez el caso de imponerle nueve años de presidio al acusado Abel Penilla.

"No debió, pues, el Tribunal subirle la pena a mi defendido, y ha debido dejarla en los seis años, con lo cual violó necesariamente las disposiciones del Código Penal, que determinan la manera de graduar las penas, entre ellas los artículos 121, 122, 123 y 124, haciendo, en caso de subirle en algo, las deducciones necesarias para que pudiese la pena alcanzar a siete años de presidio, pena que le correspondería a Penilla, atendiendo las sentencias condenatorias que obran en el sumario, y por las cuales se le condenó a penas infimas de arresto.

"Hubo, por tanto, interpretación legal errónea, y por esto ocurrió la causal primera de que habla el artículo 3º de la Ley citada arriba.

"También señalo la causal segunda del mismo artículo, comoquiera que se dictó sentencia en desacuerdo con

el veredicto del Jurado, y sin ponerse de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

"En virtud de lo expuesto solicito se conceda el recurso interpuesto oportunamente."

Como se ve, dos son los fundamentos aducidos en este recurso: mala aplicación de la ley penal, por no existir, en concepto del recurrente, base legal suficiente para calificar en segundo grado la delincuencia de Penilla, fundamento que se deduce en apoyo de la causal primera del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, y desacuerdo de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder y aun con el veredicto del Jurado, motivo que el recurrente apenas insinúa sin demostración alguna.

El Tribunal sentenciador dice lo siguiente sobre la calificación de la delincuencia:

"Como bien lo dice el señor Juez de la causa, las penas impuestas por las sentencias estudiadas, no dan lugar a reagravar la pena por razón de reincidencias, pero deben ser tenidas como agravantes, para calificar el grado de delincuencia; sin embargo, el señor Juez optó por el camino de la benignidad, y despreciando las causas agravantes, impuso la pena señalada para el tercer grado, o sea el minimum determinado por la disposición penal violada.

"No está de acuerdo el Tribunal en esta apreciación, porque tres sentencias condenatorias por distintos delitos, cometidos en un período menor de diez años, están indicando que Penilla es un individuo incorregible, que debe ser sancionado con rigor como enemigo pertinaz de la sociedad, porque las pruebas de cargo demuestran que cometió el delito con algunas circunstancias de asesinato, desde luego que disparó sobre su víctima en momentos en que ésta se encontraba descuidada, indefensa, y por consiguiente, a mansalva y sobreseguro."

Sobre lo anteriormente transcrito se expresa, por su parte, el señor Procurador, así:

"No se pueden considerar como agravantes de la responsabilidad, para los efectos de la calificación de la responsabilidad del reo, circunstancias que son constitutivas del delito de asesinato, cuando esas circunstancias fueron desechadas por el Jurado. Equivaldría eso a que el Juez de derecho se arrogara la facultad de calificar pruebas que el Juri ha debida estimar en conciencia al proferir su veredicto. Si, como lo afirma el Tribunal, el reo ejecutó el delito en momentos en que la víctima se encontraba descuidada, indefensa, y por consiguiente, a mansalva y sobreseguro, que son circunstancias constitutivas de asesinato, ha debido someterse al Jurado la cuestión respectiva, pero no arrogarse el Tribunal el derecho de declararlas, para él tenerlas como circunstancias agravantes."

La Sala no se halla de acuerdo, ni con la forma de apreciación de las circunstancias agravantes hecha por el Tribunal, ni con lo que al respecto estima el señor Procurador. Porque desde tiempo atrás ha venido sosteniendo la Corte que las circunstancias constitutivas de asesinato en un homicidio, si bien es verdad que deben someterse al Jurado, y es a éste a quien corresponde en definitiva apreciarlas, no es menos cierto que si, como tales, es decir, como circunstancias constitutivas de asesinato, han sido negadas por los Jueces de conciencia, sin embargo, ello no obsta para que el juzgador de derecho las tenga en cuenta en su fallo como circunstancias agravantes generales, para efectos de la ca-

lificación del grado de delincuencia, siempre que se encuentren debidamente comprobadas en el informativo. Y si, como sucede en este asunto, ni siquiera al Jurado se le sometieron las circunstancias de asesinato, es indudable que no hay razón para que tales circunstancias, no como constitutivas de asesinato—porque ello sería absurdo—sino como agravantes generales, que influyen en la calificación del grado de delincuencia, puedan tenerse en cuenta para este último objeto. Así lo ha venido sosteniendo la Corte ampliamente en múltiples fallos, muchos de los cuales se hallan ya publicados en la *Gaceta Judicial*, como fácilmente puede verificarse.

Ahora bien: si, como aparece de autos, en el presente caso, Penilla atacó a Gómez cuando éste se hallaba prevenido, es decir, en condiciones tales, que no pudo pensar siquiera en la agresión de que fue víctima, es inobjetable que, al menos la circunstancia agravante de la indefensión de la víctima, de que habla el numeral 10 del artículo 117 del Código Penal, si se halla acreditada formalmente, y debe tenerse en cuenta.

Respecto de la otra circunstancia, que también se ha tenido en consideración por el Tribunal para calificar en segundo grado la delincuencia, el señor Procurador dice:

"En lo que sí tiene razón el Tribunal es en considerar que está plenamente probada la mala conducta anterior del reo. Esa circunstancia agravante (11 del artículo 117) del Código Penal, resulta de las varias condenaciones que se le han impuesto, como se ve de las sentencias que obran a los folios 53 a 67 del proceso.

"Tres sentencias condenatorias valen algo más que unas simples declaraciones de testigos para probar la mala conducta anterior de un procesado."

Y en lo que se refiere a la insinuación escueta del recurrente sobre el segundo motivo aducido en esta casación, dice el propio señor Procurador:

"No hay incongruencia entre el auto de proceder y el veredicto. En el primero se llamó a responder a Penilla por el delito de homicidio, y el veredicto se refiere precisamente a la responsabilidad del reo por ese delito. Si el señor Juez, en la parte motiva de aquel auto, estimó que había fundamento para considerar el homicidio como premeditado, y el Jurado negó la premeditación, no hay en ello incongruencia, sino una simple discrepancia de criterio entre el Juez de derecho y los de conciencia. Lo contrario si hubiera sido incongruente, es decir, si a Penilla se le formula el cargo por homicidio simplemente voluntario, y se le condena por homicidio premeditado, sin haberlo oído ni vencido en juicio, por esa circunstancia, que es esencial y constitutiva de un delito específicamente determinado en el Código de las sanciones.

"En resumen: no están justificadas de casación las causales alegadas por el defensor del reo, ni existe ninguna de las demás enumeradas por el artículo 3º de la Ley 118 de 1931."

Debe concluirse, pues, que no hay fundamento alguno para casar el fallo recurrido, el cual, por el contrario, debe mantenerse firme, de conformidad con las razones que preceden.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acorde en lo general con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el

caso de infirmar, y no infirma, la sentencia que ha sido objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas.
Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, treinta de marzo de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

El Juez del Circuito de Sevilla, en el Departamento del Valle del Cauca, condenó a Miguel Angel García por el doble delito de hurto de caballerías y como reincidente, a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias de rigor. El Tribunal respectivo, o sea el Superior del Distrito Judicial de Buga, reformó esa sentencia en el sentido de aplicarle al condenado, además, la pena de tres años de relegación en una colonia penal, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 105 de 1922.

El Fiscal de ese Tribunal interpuso casación y en el memorial respectivo, con el mayor celo, presentó ordenadamente y en forma extensa los fundamentos del recurso. El condenado, a su vez, interpuso casación, invocando las mismas causales y razones presentadas por el mencionado Agente del Ministerio Público.

Las causales de casación alegadas son las siguientes:

1ª Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley.

2ª Ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta y por haberse aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar.

Se estudia de preferencia la primera, porque si ésta resultare justificada, como sí lo está, según lo que se expondrá más adelante, resulta innecesario el estudio de la otra.

Alega el señor Fiscal recurrente que se ha incurrido en la causal de nulidad que establece el ordinal 4º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, puesto que el auto en que se abrió a prueba la causa en virtud de petición hecha por el mismo condenado, no se le notificó personalmente a éste, como ha debido hacerse, puesto que encontrándose preso en la Cárcel de Buga y ventilándose como se ventilaba el juicio en un Circuito distinto, era necesaria no la notificación por edicto, como se hizo, sino la personal, ya que sólo así podía hacer uso del derecho de pedir pruebas y defenderse, y como tal providencia dejó de notificársele en esa forma, fue condenado sin haberse oído ni vencido en juicio, con lo cual se violó también el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Se considera:

Al estudiar el proceso se observa en realidad, que el auto en que el juicio se abrió a pruebas no se le notificó personalmente al acusado, y con la sola notificación por edicto no podían quedar llenados en el presente caso los efectos completos de tal formalidad. Si el procesado hubiera estado excarcelado, no hay duda que la notificación por medio de edicto, habría sido suficiente para

que se diera cuenta del pronunciamiento de ese auto y para que por tanto, ejercitara con toda libertad los medios necesarios en orden a su defensa.

Mas una situación distinta se presenta con respecto al procesado que se encuentra preso, puesto que entonces, no pudiendo concurrir al Juzgado con entera libertad a informarse del curso del juicio, la falta de notificación personal de la providencia que abre el juicio a prueba, equivale prácticamente a que el acusado ignore su pronunciamiento, viniendo a ser completamente baldía la notificación que se haga por medio de edicto.

Este auto, como lo anota el Fiscal recurrente, es de importancia capital en el procedimiento, especialmente cuando se trata de asuntos que se ventilan ante los Jueces de Circuito, puesto que es entonces cuando el procesado puede y tiene oportunidad de presentar las pruebas que considere convenientes y necesarias a su defensa, que era precisamente lo que se proponía el procesado en este asunto, cuando manifestó que lo hacía "por tener varios puntos para probar y también por tratarse de mi defensa"; lo que no pudo ejercitar en realidad, en virtud de las circunstancias anotadas.

En un caso más o menos análogo, en que sí se llevó a cabo la notificación personal al procesado de un auto en que se citaba para sorteo de Jurados, pero en que no se le llevó a presenciar la diligencia ni a tomar parte en ella, dijo la Corte lo siguiente, que es conveniente reproducir:

"Esta Sala ha sostenido la tesis de que encontrándose el procesado detenido o preso, la notificación que se le haga de un auto, sea para el sorteo general de Jurados, sea para uno de carácter parcial de reemplazo, sin que se le lleve al Juzgado a tomar parte de la diligencia respectiva, equivale a no habersele notificado, incurriéndose así en la nulidad de procedimiento que establece el numeral 1º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887."

Por su parte, el señor Procurador coadyuva la petición del recurrente, exponiendo entre otras razones las siguientes:

"Aunque en teoría puede sostenerse que la notificación quedó hecha, prácticamente puede sostenerse también que no se le dio conocimiento al procesado del auto referido. Porque en verdad, hallándose detenido García en la Cárcel de Buga, imposible le era enterarse de un auto que se notificaba por edicto en Tuluá. La notificación por edicto tiene su razón de ser y produce todos los efectos legales cuando se trata de hacerla a personas que se encuentran en libertad y que por lo mismo pueden acudir a la oficina a imponerse de los autos que se dicten. Pero respecto de personas que por razón del juicio que se les sigue se encuentran privadas de su libertad, pienso que es un deber del Secretario hacer que personalmente se enteren de las providencias que les interese conocer para que puedan ejercitar su derecho de defensa. Esto tiene su fundamento legal en la primera parte del artículo 1620 del Código Judicial, que manda que al procesado se le proporcionen todos los medios legales para que pueda ejercitar libremente ese derecho, y se puede deducir también de la disposición del artículo 1636 de la misma obra.

Por consiguiente, no habiéndosele hecho a García la notificación personal de ese auto que abrió la causa a pruebas, considero que tiene razón el señor Fiscal, en

alegar la existencia de la nulidad del juicio para los efectos de la casación que se funda en ese motivo."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida el fallo recurrido y en su lugar dispone:

Declárase nulo lo actuado desde la notificación, inclusive, que por edicto se hizo del auto de fecha junio dos de mil novecientos treinta y uno, que abrió el juicio a prueba, en adelante.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas.
Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, cinco de abril de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Con fecha 26 de septiembre de 1930 el Juzgado 2° Superior del Distrito Judicial de Medellín abrió causa, por los trámites en que interviene el Jurado, contra Manuel S. Caballero, por el delito genérico de falsificación de monedas; apelada esta providencia, el Tribunal Superior la confirmó en su proveído del trece de noviembre siguiente.

Al Jurado se le sometió la cuestión que se transcribe con su correspondiente respuesta, a saber:

"¿El acusado Manuel o Manuel S. Caballero T. es responsable de haber fabricado monedas falsas que imitaban las de plata de cincuenta centavos que se emiten en Colombia, lo que tuvo lugar en la fracción América, de este Municipio de Medellín, con anterioridad al veinticinco de mayo de mil novecientos treinta?" "Sí."

En acatamiento al veredicto, el Juez profirió sentencia el 23 de junio de 1931, en la que condena al procesado, calificada su responsabilidad en infimo grado, a la pena de ocho años de presidio y sus accesorias; fallo que el Tribunal confirmó el día 18 de septiembre último.

El defensor de Caballero interpuso oportunamente recurso de casación, que fundó ante el Tribunal y es admisible para estudio de fondo. Invoca las causales 2° y 1° del artículo 3°, Ley 78 de 1923, orden en el cual se examinarán separadamente.

Causal segunda.

Alega la demanda ser violatoria de la ley procedimental la sentencia de segunda instancia, por haberse dictado en un proceso viciado de nulidad sustancial, la que hace consistir en error relativo a la denominación genérica del delito cuando se hizo el llamamiento a juicio, al tenor del ordinal 7°, artículo 264 de la Ley 57 de 1887.

Después de manifestar que abriga duda en cuanto a la efectividad de la causal señalada, considera, sin embargo, que existe el vicio de nulidad, puesto que, en su sentir, no ha sido demostrado el cuerpo del delito de falsificación de moneda; y se detiene a demostrar este

aserto mediante un análisis de la presunción establecida por el artículo 1706 del Código Judicial, cuyos antecedentes no los encuentra probados el señor defensor.

Tales argumentos, que se exponen también para fundar la causal 1°, se estudiarán cuando de ésta se trate, ya que en lo relativo a la segunda, basta enunciarlos para advertir que jurídicamente no la sustentan. El no estar comprobado el cuerpo del delito, no implica error en la denominación genérica del cargo materia del enjuiciamiento; no es, como este error, una informalidad sustancial de carácter meramente adjetivo, sino que versa sobre el fondo mismo de la cuestión sustantiva que es materia del debate judicial, y la base de la culpabilidad o inocencia del acusado. Y así, dentro del sistema de la Ley 78 de 1923, una alegación de esa índole correspondía a la causal 1° y no a la 2°; y ahora, cuando rige la Ley 118 de 1931, expedida en desarrollo de aquélla, existe una causal especial, la 3°, que contempla dicha materia de tanto alcance y trascendencia, esto es, el error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, que, dicho sea de paso, el señor Procurador no considera que fuera del caso alegarla.

Un segundo argumento de la causal que se estudia presenta la demanda de casación cuando dice que no puede considerarse existente el delito de falsificar monedas si a la fabricación de ellas no se sigue el expendio, puesto que—dice—de nada se supliría una persona fabricando monedas falsas para conservarlas guardadas, ni tampoco causaría mal ninguno al Estado o a la sociedad; daño que se produce precisamente por introducir las a la circulación.

A esto se observa que el Código Penal define como delitos, tanto el hecho de fabricar monedas falsas imitando las legalmente emitidas, como el de expenderlas o darlas a la circulación; y ello, porque el legislador presume que quien se dedica a la tarea fraudulenta de falsificar monedas, lo hace para aprovechar sus malas artes en perjuicio de la garantía que a la circulación, en la vida ordinaria de los negocios, está llamado a prestar el sistema monetario legal, respaldado por la fe pública. Pero bien se trate del delito consistente en fabricar monedas falsas, o del de darlas a la circulación o expendio, es lo cierto que el llamamiento a juicio quedó bien formulado bajo la denominación genérica de "falsificación de monedas," ya que así se cumple el artículo 345 de la Ley 105 de 1890, que fue lo que sucedió en el caso de autos, puesto que el sumario versa sobre el hecho de fabricar monedas falsas, y aquella denominación es la que trae el Capítulo I, Título VII, Libro II del Código Penal.

Causal tercera.

Se procede en seguida al estudio de la causal 3° de la Ley 118 de 1931, que tiene lugar cuando la sentencia es violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

Las alegaciones que a este respecto trae la demanda, pueden sintetizarse así:

La sentencia condenatoria tuvo muy en cuenta la presunción del artículo 1706 del Código Judicial, que establece como plena prueba para imponer la pena de falsificador de moneda, el ser el sindicado poseedor o mero tenedor de casa o edificio rústico o urbano en que se encuentren máquinas o instrumentos adecuados para la fabricación de monedas, siempre que por otra parte conste que en poder de la misma persona han existido re-

cientemente monedas falsas; presunción contra la cual sólo se admite la prueba que justifique plenamente que otro ha sido el falsificador de las monedas encontradas. En el caso de que se trata no hay elementos probatorios suficientes que acrediten en su totalidad los hechos o antecedentes en que descansa la presunción legal, puesto que—alega la demanda—la casa o las casas en que fueron hallados los instrumentos propios para fabricar monedas, no eran de propiedad del acusado ni estaban sujetos a su posesión o mera tenencia, y agrega:

“El poseedor es el que tiene la tenencia del inmueble con ánimo de señor y dueño, pero el Tribunal, en la sentencia que acuso y para decir que hay presunción al tenor del artículo 1706 del Código Judicial, habla del absurdo de una **posesión conjunta** o simultánea de dos o más personas, es decir, de Ignacio Caballero (padre) y de sus hijos. Confunde la condición de simple habitador con la de poseedor....

“Tenedor mero es el que ocupa actualmente una cosa y usa de ella reconociendo a otro como dueño y señor. Mejor, es el ocupante material de la cosa, pero sin creerse dueño por carecer de título.

“Si Manuel Caballero, ‘habitaba indistintamente’ en varias casas—como lo dice la sentencia—¿tendrá la calidad de ‘mero tenedor’ de esos edificios? De suerte que en este concepto también se violó la ley para dar por probado el cuerpo del delito de falsificación de monedas.”

De estos argumentos concluye la demanda que se violó la ley por indebida aplicación del artículo 315 del Código Penal.

Para resolver se considera:

Se encuentra, ante todo, que la base de la sentencia condenatoria del Tribunal no fue la presunción del artículo 1706 del Código Judicial, sino el veredicto afirmativo de la responsabilidad del acusado, proferido por los Jueces de hecho. La presunción aludida, sobre cuyo significado y alcance se extienden los argumentos contenidos en la demanda de casación, dice referencia al elemento responsabilidad, pero no al cuerpo del delito; por consiguiente, no estando sometido el Jurado a la tarifa legal de pruebas, sino que falla en conformidad con los dictados de su conciencia y según su íntimo convencimiento, no hay duda que al respecto están de sobra los argumentos relativos a la presunción del artículo 1706, y fuera de lugar el examen referente a saber si se hallan o no demostrados los antecedentes en que ella se funda; máxime, si—como sucede en el presente caso—el problema tocante a la injusticia notoria del veredicto es extraño al debate, ya que esta cuestión no ha sido siquiera formulada.

Además, bien claro resulta que si la demanda afirma no existir la comprobación del cuerpo del delito, sus argumentos no versan sobre motivos o razones tendientes a atacar la estimación de la prueba que al respecto sustenta tanto el auto de proceder como las sentencias condenatorias en ambas instancias. El recurrente se limita a hacer hincapié en la prueba de los antecedentes de la presunción citada, la que, como queda visto, se refiere al elemento responsabilidad, sobre el cual decide con toda amplitud el Juez de hecho.

Se advierte, por último, que por los medios de prueba que la ley tiene establecidos y en particular por el dictamen pericial emitido durante el informativo, quedó plenamente comprobado el cuerpo del delito de falsifica-

ción de moneda. Se hizo mérito, es verdad, de la aludida presunción del artículo 1706, pero fue en el auto de proceder y en lo tocante a la responsabilidad; siendo de observar que los elementos fundamentales de la misma presunción aparecen perfectamente acreditados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, materia del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de su procedencia.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas.
Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Parmenio Cárdenas, en el fallo anterior.

Aun cuando no con claridad necesaria y con la técnica que fuera de desearse, el recurrente ha sostenido que no está comprobado el cuerpo del delito de falsificación de moneda porque fue condenado, alegación que corresponde a la causal 3ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

El fundamento principal y único que se ha tenido en cuenta para deducir que las monedas encontradas a Caballero eran falsas, ha sido el dictamen pericial que en relación con este punto, dice:

“Todas las monedas falsas que hemos examinado son de una mediana aceptación, es decir, pueden circular entre personas ignorantes y poco conocedoras de moneda; entre gentes de alguna experiencia y conocimientos sobre el particular, no es fácil que circulen por sus notorias diferencias con las legítimas, aun cuando dejamos constancia de que si tienen buen timbre.”

La falsificación de moneda constituye o debe constituir una imitación de la verdadera o legítima; si esa imitación no existe, la moneda no es capaz de circular, y el delito viene a ser imposible. Puede ese hecho ser resultado de una intención criminal, pero si esa intención no se realiza en la práctica, ni puede surtir efectos, surge entonces un delito *sui géneris*, que conviene reprimir y crear en nuestra legislación, por tratarse de un agente que revela cierta peligrosidad, pero jurídicamente no es posible afirmar que se trata de un verdadero delito de falsificación de moneda.

Tal es el caso contemplado en esta ocasión. Si las monedas que se encontraron a Caballero, como dicen los peritos, no eran capaces de circular entre gentes de alguna experiencia y conocimientos sobre el particular, por sus notorias diferencias con las legítimas, significa que tales monedas carecían de uno de los elementos esenciales para que el delito de falsificación y más tarde el de circulación, pudieran tener la suficiente entidad jurídica.

Si esas monedas, a pesar de sus notorias diferencias con las legítimas, sólo podían circular, como dicen los peritos, entre personas ignorantes y poco conocedoras, es decir, entre salvajes y niños, que son los únicos que por razón de su estado, no están en condición de distin-

guir la moneda legítima de la falsa, aun cuando la falsificación se haya llevado a cabo en la forma más burda y sin que el falsificador se hubiera preocupado por darle las apariencias de la verdadera, entonces el delito no será ya el de falsificación de moneda sino el de estafa, pues el fundamento que se ha tenido para reprimir el primero, consiste en que dada la imitación con que se fabriquen las monedas, circulen fácilmente reemplazando a la verdadera en las transacciones, con evidente perjuicio para el Estado.

Mas si se trata de una fabricación cualquiera, alejada de toda imitación, entonces no puede existir ese peligro, entre otros motivos porque la mayoría de los ciudadanos, y aun los de menos ilustración y más modesta posición social, se negará como es natural a recibirla, siendo entonces imposible su circulación, como ha sido imposible su fabricación en las condiciones previstas por la ley y la jurisprudencia para que tales actos, dentro de los principios que informan la actual legislación penal en Colombia, tengan carácter delictuoso.

Si se tiene en cuenta que en el presente caso no hubo el menor intento para poner en circulación esas monedas, si además se observa que no se sorprendió a Cabañero ni en actos preparatorios ni de ejecución en cuanto se relaciona con la fabricación de las que se le encontraron, sino que todo fue obra de la presunción que consagra el artículo 1706 del Código Judicial, no es aventurado concluir que quizá se proponía consumir un engaño como el conocido con el nombre de *troquelazo*, pero no el de falsificación de moneda.

En tal virtud, y teniendo en cuenta el dictamen pericial que he estudiado y el cual se ha tomado como prueba del cuerpo del delito, he considerado y considero que ha faltado esa plena comprobación, o sea, que está justificada la 3ª causal de casación que acertadamente contiene el artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

Bogotá, 6 de abril de 1932.

Parmenio Cárdenas—Maximiliano Galvis, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, trece de abril de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

El Juez 1º Superior del Distrito Judicial de San Gil sometió al Jurado que intervino en la causa por homicidio contra Florentino Rueda—abierto por auto del 24 de septiembre de 1930—la cuestión que en seguida se transcribe:

“¿El acusado Florentino Rueda es responsable del hecho de haber dado muerte voluntariamente a José Angel Cediel, por medio de dos heridas causadas con instrumento cortante, una de las cuales fue de carácter mortal, interesó el peritoneo y penetró en la cavidad abdominal produciendo la salida de una parte considerable del gran epiplón, acontecimiento consumado en las primeras horas de la noche del cuatro de agosto del año próximo pasado, en la casa de Rosa Peña, en la población de San Vicente?”

El Jurado contestó: “Sí.”

Afirmada así la responsabilidad, el Juez Superior profirió sentencia el 26 de agosto de 1931, en la que condena a Rueda, como responsable en segundo grado de homicidio voluntario, a la pena de nueve años de presidio, y sus accesorias, con aplicación del artículo 600 del Código Penal; fallo que el Tribunal confirmó el 28 de octubre del mismo año.

Contra la sentencia de segunda instancia, e invocando la 1ª causal del artículo 3º, Ley 78 de 1923, interpuso oportunamente el procesado recurso de casación, que es admisible, y se procede al estudio de fondo, surtida como está la tramitación correspondiente.

Sostiene la demanda que el hecho delictuoso se consumó en riña promovida por la víctima, mediante ofensas, injurias y agresiones de hecho momentos antes del homicidio, según las declaraciones de Wenceslao Cediel y Luis Antonio Silva, y que por ello ha debido aplicarse el artículo 602 del Código Penal, en lugar del 600 que la sentencia tuvo en cuenta para señalar el monto de la pena.

Dice además que el Tribunal, en atención a las mismas declaraciones de testigos, tenía amplia facultad para colocar el delito dentro de los casos menos graves que contempla el mismo artículo 602, inciso 2º

Para resolver se considera:

Según queda visto, el Jurado afirmó lisa y llanamente la responsabilidad de Rueda como autor de homicidio voluntario, sin que el veredicto contenga pues, en ninguna forma modalidades correspondientes a los elementos de hecho que tiene previstos el inciso 1º, artículo 602; y siendo ésta una disposición especial que atenúa la responsabilidad del homicidio voluntario, no es el caso de aplicarla si el Juez de hecho, llamado a calificar esa responsabilidad, no incluye de alguna manera aquellos elementos en su veredicto. Tal es la doctrina de la Corte, sentada en numerosos fallos.

Por lo que respecta al último motivo que se alega, esto es, en lo concerniente a la aplicación del inciso 2º, artículo 602, se observa que aunque en términos generales el Juez de derecho puede hacer uso del poder discrecional que allí se le otorga, a pesar de que el veredicto sea puramente afirmativo, es lo cierto que debe basar su prudente arbitrio en circunstancias que atenúen especialmente la responsabilidad, debidamente comprobadas, cosa que no sucede en el caso presente.

El Tribunal hizo en su fallo, con todo detenimiento y cuidado, la crítica jurídica de la prueba testimonial que el recurrente invoca y no analiza; y allí se encuentran expuestos con claridad y precisión los motivos que tuvo en cuenta el sentenciador para desestimar dicha prueba. Y comoquiera que la demanda de casación ni siquiera insinúa un sólo argumento en contra de la tesis sostenida por el Tribunal, no hay lugar al examen del segundo motivo de la causal invocada; tanto más cuanto que la Sala encuentra acertados los razonamientos expuestos en el fallo de segunda instancia para no otorgar mérito probatorio a tales testimonios.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia conde-

natoria del Tribunal Superior de San Gil, materia del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas.
Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, catorce de abril de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

En la causa criminal seguida contra Martín Buitrago por homicidio en la persona de Peregrina Mora, el Juez 2º Superior de Tunja, sometió al Jurado el siguiente cuestionario que se transcribe con su contestación:

“¿El acusado Martín Buitrago es responsable, sí o no, de haber dado muerte voluntariamente a Peregrina Mora, quien falleció a consecuencia de una herida que le fue ocasionada con arma punzante (una púa), en la fosa iliaca izquierda, hecho ocurrido como a las tres de la tarde, poco más o menos, del jueves cinco de junio del año de mil novecientos treinta, en la vereda de Buenavista, cerca a la casa de la occisa y en predios de ésta, situados en el vecindario de Pachavita?”

“Sí, voluntariamente y en el momento de recibir ofensas.”

En desarrollo de ese veredicto, el mencionado Juez, considerando aplicable el artículo 611 del Código Penal, y calificada la responsabilidad en el segundo grado, condenó al acusado a la pena de seis años de presidio y a las accesorias respectivas, lo cual fue confirmado por el Tribunal de ese Distrito Judicial, con fecha noviembre treinta del año próximo pasado.

Contra el fallo del Tribunal interpuso casación el condenado, alegando como causales la 1ª y 3ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, recurso que se habría declarado desierto si no se observara, como se observa, que el señor Procurador se encargó de fundarlo, pues el recurrente no hizo el menor esfuerzo en tal sentido.

“Considero—dice el señor Procurador—que la sentencia es violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la disposición que aplicó y aun por mala interpretación de la misma ley.

“Aceptando el veredicto del Jurado—dice el Procurador—es necesario situar el caso en el de quien por ligereza o por cualquier otra causa que pudo y debió evitar, mató involuntariamente a otro, o tuvo, aunque involuntariamente, la culpa de su muerte. Porque extremando las cosas y dando las circunstancias de haber usado la aijada por el extremo de la púa, para repeler a la Mora en el momento en que lo atacaba con piedras, bien puede sostenerse que hubo ligereza en el acto.

“Más aún, procediendo con más severidad—añade el señor Fiscal—las circunstancias de que he hablado dan motivo para creer que Buitrago no se propuso causar un mal grave, pero ni siquiera mediano. Una punción con la exigua púa de una aijada pudo creer él que causaría una pequeña herida de consecuencias insignificantes: el dolor del momento que inhibiría a la Mora para continuar su ataque y poder él seguir su marcha sin incon-

veniente y sin graves resultados. Así consideradas las cosas racionalmente, se destaca el motivo para creer que el mal que se propuso causar era pequeño.”

Ataca también el Procurador el grado en que fue calificada la responsabilidad, o sea el segundo, porque la primera y segunda agravantes tenidas en cuenta por el Tribunal, el ser mujer la ofendida y la debilidad de ésta por su ancianidad, no se justifica si se tiene en cuenta que Buitrago no procedió aprovechando su superioridad, sino que repelió el ataque de quien lo insultaba y le lanzaba piedras con las cuales pudo causarle un mal grave, aun la muerte, y porque la misma involuntariedad del acto destruye esa clase de agravantes.

Por lo que hace a las otras dos que dedujeron los Jueces de instancia para la calificación en segundo grado de la responsabilidad, el desobedecimiento a las órdenes de la autoridad y el atropello al derecho ajeno, estima el Procurador, que además de constituir en el fondo una misma, podría tener tal carácter si tuvieran relación íntima con el hecho principal, es decir, porque se pudieran tener como una provocación de parte de Buitrago para que se suscitara el incidente, lo que no puede entenderse así por haber sido declarado involuntario el homicidio y en el momento de recibir ofensas graves.

Como consecuencia de lo anterior, sintetiza así el Procurador las peticiones o tachas que presenta contra la sentencia recurrida:

“Considero:

“1º Que debéis casar la sentencia recurrida por causa de violación de la ley penal, en cuanto aplicó el artículo 611 del Código respectivo, en lugar del 613, habida consideración de que el homicidio involuntario imputado al reo fue por causa de ligereza o por cualquiera otra que pudo y debió evitar, y aplicar en consecuencia la sanción que señala este último artículo, calificando el delito en tercer grado.

“2º Que si no fuere este vuestro parecer, debéis casar la sentencia por la misma causa, en cuanto se aplicó el artículo 611 citado en vez del 612, habida consideración de que hay motivo para creer que el mal que Buitrago quiso causar era pequeño, y aplicar la sanción de esta última disposición, calificado el delito en tercer grado.

“3º Que si también os apartáis de este concepto, debéis casar la sentencia por la causa apuntada, en cuanto aplicó las disposiciones penales que permiten calificar el delito en segundo grado, y fallar con aplicación del artículo 611 pero haciendo la calificación en el grado más benigno.

“4º Hago estas peticiones porque estimo que Buitrago tiene alguna responsabilidad en este hecho y porque el Jurado así lo declaró y se debe acatar su veredicto.”

Para poder precisar el valor y el alcance de las anteriores argumentaciones es necesario conocer la forma como se desarrollaron los acontecimientos, la cual hace con exactitud el Fiscal del Juzgado, así:

“El sindicado Martín Buitrago y la occisa Peregrina Mora habían sentado una diligencia ante el señor Alcalde Municipal de Pachavita, con el objeto de que el sindicado no prosiguiera sirviéndose del predio en donde se desarrollaron los hechos, pues el sindicado acostumbraba pasar por él sin derecho de ninguna especie, esquivando el camino público, probablemente con el objeto de acortar la travesía hacia uno de los terrenos de su propie-

dad. No obstante de tener estos señores esta diligencia, el sindicato prosiguió vulnerando el derecho de la occisa, y así fue que, en días anteriores al hecho de que dan cuenta los autos, la occisa había tenido un altercado con el sindicato.

Con todo, el día cinco de junio del año en curso, enyugó el sindicato sus bueyes, y sabedor de que Peregrina Mora se disgustaría porque pasaba por su predio—en donde el sindicato no tenía derecho a servidumbre de tránsito—yendo delante de la yunta Pedro Rivera, violó nuevamente el derecho de la Mora, de tal suerte que ésta se vio compelida a salir con un poco de piedra y con ella y con insultos y amenazas agredió al sindicato, ante lo cual éste, con la vara de arrear los bueyes, montado en cólera, infirió a Peregrina un fuerte hurgón, del cual murió a los tres o cuatro días.

Es conveniente anotar que la vara o púa de arrear los bueyes tenía unos dos metros de longitud y que en el extremo posterior tenía una puntilla naturalmente bien asegurada, y que la agredida era una mujer de avanzada edad.

Tal como se verificaron los acontecimientos, no es posible aceptar la primera tesis que plantea el señor Procurador cuando solicita que la sanción aplicable es la contenida en el artículo 613 del Código Penal.

Esta disposición contempla el caso clásico de la culpa delictuosa, o sea, cuando no media voluntad ni menos intención de causar un evento dañoso; la acción en sí es voluntaria, como es la del que se complace en arrojar piedras a la calle sin pensar en las consecuencias que de ese acto resultan, pero que no ejecuta con voluntad ni menos con intención dañada el homicidio, las heridas o los golpes que por consecuencia de ese acto puedan derivarse.

Una situación muy distinta se presenta respecto de Buitrago; las pruebas enseñan que ante la actitud agresiva de Peregrina Mora, aquél reaccionó contra ésta en forma violenta, punzándola con la aguijada de que se servía para manejar los bueyes, golpe causado en una parte muy delicada del cuerpo y en una mujer de avanzada edad, llegando hasta a arrojarla al suelo. De suerte que Buitrago, si propiamente no tuvo intención de causarle la muerte a la Mora, sí tuvo la de causarle un daño. A lo cual se agrega que Buitrago estuvo en condiciones de prever lo que sucedió, pudiendo haberlo evitado perfectamente, pues entre los dos había mediado una diligencia de policía para que aquél no pasara por el predio de la Mora, y a pesar de esa prohibición, continuó transitando por allí, lo que necesariamente tenía que despertar protestas de parte de la Mora y aun pudiendo ésta llegar hasta las vías de hecho, como lo hizo en defensa de sus derechos.

El acto de Buitrago, claramente se observa, no fue, pues, fruto de la imprudencia, negligencia o impericia.

Resta examinar, en presencia del veredicto del Jurado y establecido que Buitrago sí tuvo intención de causar un daño a Peregrina Mora, qué clase de daño fue el que se propuso ocasionarle, para saber cuál es la sanción que legalmente deba imponerse, en virtud de lo que establecen los artículos 610, 611 y 612 del Código Penal.

A dos interpretaciones puede prestarse la actitud de Buitrago: o la de causar un daño mediano o pequeño, dadas las circunstancias en que se verificó el hecho, y en esa situación es necesario adoptar lo más favorable

para el acusado, sobre todo si se tiene en cuenta que, como lo observa el señor Procurador, si se tratara de un homicidio voluntario con la modalidad del artículo 605 del Código Penal, modalidad que le agregó el Jurado cuando dijo que Buitrago sí era responsable en el momento de recibir ofensas graves, le habría correspondido apenas una pena de cuatro a ocho meses de prisión, y no sería justo ni equitativo que no habiendo sido voluntario el homicidio sino involuntario, viniera a corresponderle una pena mayor.

De suerte que la segunda cuestión que como subsidia-ria presenta el Procurador, está justificada y debe prosperar.

En cuanto al segundo grado en que fue calificada la responsabilidad, las alegaciones que hace valer el señor Procurador, son también fundadas. En efecto: si Buitrago atacó a la Mora, lo hizo después de ser atacado por ésta y hasta cierto punto obligado por las circunstancias; de suerte que, si en esas condiciones, el ser mujer la ofendida, ninguna agravación trae al hecho, pudiendo decirse lo mismo de su debilidad, lo que quizás sí fue tenido en cuenta por el acusado para disminuir la intensidad en el ataque, pues de lo contrario, habría podido tener mayores proporciones.

Por lo que hace a la desobediencia a las órdenes de la autoridad para que no transitara por el predio de la Mora, y el consiguiente atropello al derecho ajeno, que en el fondo constituye una misma circunstancia, como lo anota el Procurador, les corresponden sanciones distintas, de carácter civil o policivo, como la multa, por el desobedecimiento a la autoridad, pero no sirven para establecer la mayor peligrosidad del agente del delito en el hecho por que ha sido juzgado, fuera de que tales circunstancias ni están reconocidas por la ley como agravantes ni guardan analogía con las especificadas por ésta.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida y en su lugar falla:

Condénase a Martín Buitrago como responsable de homicidio involuntario, dando aplicación al artículo 612 del Código Penal, y calificada su responsabilidad en tercer grado, a la pena principal de tres años de presidio, pena que cumplirá en la Penitenciaría que designe el Gobierno.

En lo demás, o sea en cuanto a las penas accesorias, queda en pie la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas.
Juan C. Trujillo Arroyo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, abril catorce de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, por sentencia de fecha treinta de octubre del año próxi-

mo pasado, confirmó la del Juzgado primero Superior del mismo Distrito, de treinta de septiembre del mismo año, por medio de la cual fue condenado Celestino Gaviria, por el delito de homicidio (uxoricidio), previo el veredicto afirmativo de la responsabilidad de aquél y con aplicación de las disposiciones penales que se estimaron pertinentes de acuerdo con la decisión del Jurado, a la pena fija y principal de veinte años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Contra el fallo del Tribunal interpuso el defensor del sentenciado recurso de casación, el cual le fue concedido y remitido el proceso a esta Sala para los fines legales del caso.

Como ante este Despacho ya se ha surtido la tramitación propia del negocio, debe procederse a considerar la casación teniéndose en cuenta para ello el memorial en que ésta se interpuso y las apreciaciones del señor Procurador sobre ella, ya que el recurrente en el traslado que aquí se le corrió no formuló nuevas alegaciones.

Las causales que éste invoca son las 1ª, 2ª y 3ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, o sean:

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar."

"Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley."

"No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado."

Comenzando en este fallo por la segunda de las causales enunciadas (por razón del orden jurídico, como se ha hecho siempre, por cuanto que, si existe nulidad en el proceso, no debe haber lugar a considerar otras causales), el recurrente dice lo siguiente para sustentarla:

"En un juicio por Jurado no cabe vicio de nulidad más sustancial que el de que el cuestionario, en el que se funda la sentencia, no sea la expresión genuina de la voluntad del Jurado. Esta circunstancia quedó demostrada con la prueba testimonial de los mismos señores miembros del Jurado, recogida con tal objeto y para que no hubiera lugar a la menor duda.

"Al dictar el señor Juez la sentencia en este asunto, sin que previamente hubiera dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 100 de 1892, la dictó a base de vicio de nulidad conocido, pues nadie mejor que él conocía que la contestación del cuestionario en que él iba a fundar su sentencia no era la expresión genuina de la intención del Jurado, porque él bien sabía que éste no había querido contestar el cuestionario afirmativamente, y antes bien buscó la manera de no hacerlo asesorado del mismo señor Juez, quien indicándole la forma en que debía contestar para que no le tocaran al sindicado veinte años de presidio, le dio la precisa, y en la que debía fundarse para imponérseles luégo. Si él hubiera reunido a los señores miembros del Jurado tan pronto como cayó en cuenta de que había sufrido una equivocación al darles una indicación errada, para que ellos la remediaran, conforme lo indicado en la disposición arriba citada, no nos encontraríamos en este caso."

Aun cuando el recurrente, acaso por un lapsus scripti, confunde el cuestionario con el veredicto, en el cual se basa ciertamente la sentencia, parece indudable por el

contexto de lo transcrito, que quiso referirse a éste y no a aquél. Y siendo así, resulta sencillamente obvio que el juzgador de primera instancia a lo que debía atenerse para pronunciar su fallo, era al veredicto de los Jueces de conciencia, el cual, considerado claro, sin margen para diversas interpretaciones, y no estando afectado de injusticia notoria, debe acatarse para basar en él la sentencia. Tal fue lo que hizo, según se desprende de autos, el juzgador a quo en este caso. Sin que estimara que había lugar a proceder de conformidad con lo dispuesto en los artículos 310 de la Ley 57 de 1887 y 81 de la 100 de 1892, porque el veredicto para el Juez se presentó con toda nitidez a su consideración, desde luégo que dictó sentencia sobre él, sin que abrigara dudas acerca de su significación y alcance, ya que es únicamente en el veredicto donde los Jurados manifiestan y pueden manifestar su parecer en conciencia y como fruto de su convicción honrada. Esto mismo lo expresa el señor Procurador ampliamente, como luégo se verá. Pero sea como fuere, es lo cierto que el hecho aducido por el recurrente como vicio procesal, es decir, que el veredicto no sea el genuino querer de la voluntad del Jurado, no está erigido en causal de nulidad por la ley, y por lo mismo, la casación interpuesta no puede prosperar por este aspecto.

Respecto de la causal aducida en primer término por el recurrente, éste dice lo siguiente:

"Por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar, porque si es cierto que a la contestación que aparece dio el Jurado al cuestionario, corresponde legalmente la pena impuesta en la sentencia de primera instancia y confirmada en la segunda, también lo es que está demostrado con la prueba testimonial que se acompaña, que la verdadera intención del Jurado al contestar el cuestionario como aparece, no fue la de contestarlo afirmativamente sino la de sacar la responsabilidad del sindicado a un campo muy distinto, pero que no dio con la expresión propia para conseguirlo, cosa muy natural, porque los miembros del Jurado en la mayor parte de los casos, no conocen terminología legal. De ahí que en el presente caso los señores miembros del Jurado, en ejercicio de la facultad que les confiere el artículo 305 de la Ley 57 de 1887, inquirieran del señor Juez la forma en que debían contestar, y no en cuanto al fondo de la decisión.

"Y si el señor Juez se equivocó momentáneamente al hacerles la indicación que les hizo, no por eso podríamos decir que faltó a su severidad imparcial como regulador de la justicia, sino que se equivocó simplemente como a todos nos puede acontecer, puesto que es humano que suceda. Pero lo que no es humano ni justo, es que de una equivocación demostrada, se siga sin remedio para un tercero una pena terrible nacida de esa misma equivocación, aplicándole una pena que no le corresponde contra la voluntad del Jurado, que es en estos casos soberano.

"La intención del Jurado, como se puede colegir de la lectura de las piezas incriminativas del proceso y de la de las exposiciones juradas de los señores miembros del Jurado sobre el particular, fue la de colocar al acusado Celestino Gaviria en el caso de parricidio simplemente voluntario, para sustraerlo de la sanción del artículo 615 del Código Penal, y llevarlo al 618 de la misma obra. como simple homicidio."

A fin de apreciar claramente el fondo del asunto, que trata adecuadamente el señor Procurador, conviene previamente la respuesta de los Jueces de conciencia, la cual es del tenor siguiente:

"Si es responsable, pero de parricidio simplemente voluntario, sin ninguna circunstancia de asesinato."

"Para explicar el alcance de este veredicto, dice aquel distinguido funcionario, se han traído las declaraciones rendidas extrajuicio por los ciudadanos que formaron el Jurado, en las cuales dicen ellos que su intención fue la de colocar al reo en el caso de un parricidio menos grave y evitarle la sanción de veinte años de presidio, y que el Juez fue quien le dio la fórmula para la contestación por no haber sabido los miembros del Jurado cómo redactarla de manera que quedara expresada su verdadera intención."

Luégo de algunas otras consideraciones sobre la prueba traída a los autos para explicar el veredicto, continúa el señor Procurador así:

"La ley ha sentado la norma clara para consultar la verdad de un veredicto cuando él sea oscuro. Y no es precisamente la de acudir al concepto particular de cada uno de los miembros del Jurado. En caso tal, debe el Juez reunir de nuevo al Jurado para que en su condición de tal explique su veredicto. Por consiguiente, las declaraciones que se les reciban particularmente a los miembros del Jurado sobre interpretación del acto en que actuaron como componentes de esa corporación no son el medio legal propicio a tal fin y por lo mismo no pueden ser recibidas a probar en contra."

"Con apoyo en esas declaraciones se ha querido que la honorable Corte interprete el veredicto del Jurado. Ya he dado las razones por las cuales esto no se puede, ni aun a pretexto de obrar con benignidad. Esta puede usarse en bien de la justicia consultando sus sabios principios. Pero cuando para usarla es necesario saltar por sobre los principios de moral y de legalidad, que son los que dan fundamento a la justicia, ese salto es peligroso para el juzgador porque seguramente habrá de estropearse su estructura moral."

"Viniendo ahora al fondo de la cuestión, encuentro que la tesis jurídica de la defensa, vinculada a la interpretación que ha de darse al veredicto, con base en las explicaciones de los miembros del Jurado en sus respectivas declaraciones, es por lo menos discutible y yo estoy por la contraria apoyado en las razones que voy a exponer."

"Tanto el señor defensor como el señor Fiscal opinan que debe aplicarse en este caso el artículo 618 en vez del 615, ambos del Código Penal. Y para opinar así, razonan en el sentido de que al contestar el Jurado, 'si es responsable, pero de parricidio simplemente voluntario, sin ninguna circunstancia de asesinato,' sacó el caso de los de parricidios más graves para colocarlo entre los menos graves no previstos especialmente."

"El fundamento para el señor Fiscal es muy claro: si el artículo 615 enumera los casos más graves de parricidio que se castigan irrevocablemente y sin consideración a otras circunstancias con veinte años de presidio; si en esa enumeración figura el parricidio voluntario y no figura el simplemente voluntario, y si el Jurado declaró que el acusado era responsable de parricidio simplemente voluntario, es claro que lo colocó en el caso de

un parricidio de los no previstos, a que se refiere el artículo 618."

"Como se puede observar sin mayor esfuerzo, toda la virtud de este razonamiento depende del alcance jurídico que se le dé a la locución 'parricidio simplemente voluntario' en relación con la de 'parricidio voluntario.' Comprimiendo la idea para presentarla más sencilla: todo depende del valor que tenga en el lenguaje jurídico el adverbio 'simplemente,' empleado por el Jurado en la locución indicada."

"El Código Penal en su Libro tercero, Título primero, Capítulo primero, define el homicidio y lo clasifica de acuerdo con las circunstancias que pueden concurrir en cada caso. Según esa clasificación existen: homicidio premeditado, homicidio asesinato, homicidio simplemente voluntario, homicidio involuntario y homicidio parricidio. La entidad delictiva genérica es, por tanto, una, pero con diversas denominaciones específicas, según la clase a que pertenezca en la tarifa penal."

"Quiso el legislador establecer una clara diferencia entre el homicidio premeditado y el voluntario para distinguirlos en su respectiva clase, como que el primero es más grave que el segundo, y entonces empleó el adverbio 'simplemente' para determinar en su clase el voluntario menos grave que aquél, porque si todo homicidio premeditado es voluntario, no todo homicidio voluntario es premeditado. Esta la razón jurídica del empleo de aquel adverbio."

"Pero como ya vimos que el parricidio pertenece a una clase distinta entre los homicidios, y esa clase es mucho más grave que el simplemente voluntario, por razón de que la ley ha querido castigar con mayor severidad a quien mata a una persona con quien tiene vínculos que obligan también mayormente a respetarle su vida, al especificar esta clase de homicidio señaló como casos más graves para castigarlos invariablemente con una pena fija, el voluntario, el premeditado y el asesinato, cometidos en la persona de cualquier ascendiente o del cónyuge, y el premeditado y el asesinato cometidos en la persona de un descendiente. Ya no usó el adverbio 'simplemente' por estas dos razones:

"1° Porque siendo el hecho genérico un homicidio clasificado por las circunstancias especiales que lo caracterizan como parricidio, estas mismas circunstancias le dan la fisonomía de mayor gravedad que el clasificado como simplemente voluntario, y no había la razón que se tuvo en cuenta para establecer por medio de aquel vocablo la diferencia entre el homicidio premeditado y el voluntario, comoquiera que en ese caso se trataba de diferenciar dos clases de homicidio, en tanto que en el parricidio la diferencia es de modalidades de una misma clase."

"2° Porque habiéndose hecho ya la distinción entre homicidio premeditado y homicidio voluntario, como clases de una misma entidad punible y entrando ya éstos como modalidades de una clase especial bajo el mismo régimen punitivo del homicidio, había de entenderse necesariamente que al hablarse de parricidio voluntario y de parricidio premeditado, se refería la ley a las respectivas especificaciones enantes hechas, y la palabra "simplemente" venía a ser redundante en tal caso en la redacción del artículo 615."

"Pero abandonando ya razones de orden jurídico para entrar en el campo de los hechos cumplidos a que ellas

pueden ser aplicadas, observo que el hecho punible ejecutado por Celestino Gaviria en la persona de Lucinda Salamanca, se acomoda perfectamente en la circunstancia 6ª del artículo 587, que trata del homicidio simplemente voluntario, si como tal hubiera de juzgarse por no existir el vínculo matrimonial que entre estas dos personas existía, pues él ejecutó el hecho en el arrebató de la ira excitada por la disputa que se suscitó entre los dos cónyuges cuando el marido exigía de su mujer que se fueran para la casa y ella se negaba a seguirlo. Considerando así el caso dentro de la evidencia de los hechos, el Jurado al dar su veredicto empleando la locución "simplemente voluntario," lo colocó en la situación jurídica de un homicidio voluntario especificado como parricidio por razón del vínculo, y habida consideración de las razones que dejé expuestas para explicar el alcance que en el lenguaje jurídico tiene el adverbio tantas veces citado, se viene a la conclusión de que la sentencia no violó la ley penal porque hubo mala interpretación de ésta y porque la disposición que correspondía aplicar era la del artículo 615 y no la del 618."

Después de la exposición transcrita, no puede quedar lugar a duda de que las declaraciones que se han traído para explicar el veredicto, son absolutamente improcedentes y no sirven para señalar su alcance y fijar su significación, por cuanto que uno y otro sólo pueden deducirse del contexto mismo de la respuesta, ya que ella, en sí misma, es lo que legal y jurídicamente debe tenerse en cuenta.

Siendo lo anterior así, la tercera causal invocada, o sea estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, carece consecuencialmente de base, porque, como se ha visto, la sentencia no ha hecho otra cosa que acomodarse a aquél, de conformidad con la interpretación legal correspondiente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo recurrido.

Cópiense, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas.
Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, abril veinte de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Con fecha quince de septiembre de mil novecientos treinta, el señor Juez segundo del Circuito de Frontino (Antioquia) condenó a Miguel Domicó por el delito de heridas en la persona de Emilio Domicó, previa calificación de su delincuencia en el menor grado, aplicando el artículo 645, inciso 1º, del Código Penal, y con el aumento de que trata el artículo 651 de la misma obra, a la pena principal de nueve años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Apelado el fallo para ante el Tribunal Superior de Medellín, éste lo confirmó en todas sus partes, en sentencia que tiene fecha veinticinco de agosto del año próximo pasado.

Contra ella interpuso el defensor del sentenciado recurso de casación, el cual le fue concedido y remitidos, en consecuencia, los autos a esta Sala para efectos de resolverlo.

A ello se procede en seguida, con base en el escrito del recurrente ante el Tribunal, pues no presentó ningún otro ante este Despacho, y de acuerdo con lo expresado por el señor Procurador, agotada como se halla la tramitación en la Corte.

Las causales aducidas por el recurrente son la 2ª y 4ª de las que contempla la Ley 78 de 1923. La primera la funda en que "se han violado las disposiciones sustantivas de las leyes especiales por que se rigen los indígenas no reducidos a la vida civilizada, especialmente los artículos 1º de la Ley 89 de 1890 y 2º de la Ley 72 de 1892, conforme a los cuales, especialmente al último, las leyes generales de la República están suspendidas para los indígenas que están a cargo de Misiones católicas, "hasta que saliendo de su estado salvaje, a juicio del Poder Ejecutivo, puedan ser gobernados por ellas." Luego agrega, que de lo mismo se desprende, "la causal 4ª, es decir, que el fallo ha sido proferido por el Tribunal que no es el competente para conocer de los asuntos penales de los indígenas que son catecúmenos de las Misiones autorizadas por la Ley 72 de 1892."

Al respecto hace algunas apreciaciones encaminadas todas ellas a demostrar que el sentenciado no puede quedar comprendido, para su castigo, por su condición de indígena no reducido a la vida civilizada, dentro de las disposiciones generales de la justicia ordinaria.

Para resolver, se considera:

Como la causal alegada en segundo término es la base de la primera, a ella hay que atender principalmente, porque es obvio que si tiene razón el recurrente en lo que afirma acerca de su defendido, evidentemente existe la violación de las disposiciones legales a que alude.

Pero el problema que él presenta, es el mismo que ya resolvió la Sala con fecha diez y siete de junio de mil novecientos veintisiete, con motivo de la casación interpuesta en el caso de Marcelino García, sentencia que se halla publicada en los números 1763 y 1764 de la Gaceta Judicial de 15 de febrero de 1928.

En efecto, allí se dijo:

"En la demanda de casación se invoca como primera causal la contenida en el inciso 4º del artículo 3º, Ley 78 de 1923, o sea, 'haberse dictado la sentencia por un Tribunal sin ser competente para conocer del auto.'

"Como fundamento de esa causal se presenta la de que siendo el acusado un indígena perteneciente a una parcialidad, la causa adolece de nulidad, por haberse fallado por autoridad que no tenía jurisdicción para ello, si se tiene en cuenta lo que dispone el artículo 1º de la Ley 89 de 1890, que a la letra dice:

"La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas."

"Olvidó el recurrente, al formular el anterior argumento, que en el presente caso el acusado Marcelino García no es un simple salvaje que estuviera reduciéndose a la vida civilizada mediante la intervención de las Misiones; sino como él mismo lo sostiene, de un indígena perteneciente a una parcialidad, a una comunidad, según lo declaran los testigos del proceso, y en esa situación es necesario tener en cuenta lo que dispone el artículo 2º de la Ley citada, y que dice:

"Las comunidades de indígenas reducidos ya a la vida civil, tampoco se regirán por las leyes generales de la República en asuntos de resguardos. En tal virtud, se gobernarán por las disposiciones consignadas a continuación."

"De suerte que de acuerdo con este último artículo, esas comunidades de indígenas solamente se rigen por disposiciones especiales en lo relacionado con los resguardos, o sea con sus propiedades, con su patrimonio, pero en todo lo demás quedan sujetas a la legislación general. Por consiguiente, las autoridades judiciales si tenían y tienen jurisdicción para conocer de esta clase de asuntos, y en consecuencia la nulidad que se alega no tiene fundamento legal."

Lo propio sucede, y quizás con mayor razón ahora, en el caso que se contempla. El juzgador de primera instancia ha demostrado con toda amplitud, que no es aceptable la tesis del defensor de Domicó, por cuanto este sujeto no sólo se halla reducido a la vida civilizada, sino que pertenece a un resguardo que no se halla reconocido en forma legal. Por eso el señor Procurador dice:

"Los indígenas de Dabeiba, en el Departamento de Antioquia, no forman siquiera una parcialidad o resguardo legalmente reconocido. Están reducidos a la vida civil y su responsabilidad no es inferior a la del común de nuestros campesinos analfabetas."

"Es verdad que el artículo 2º de la Ley 72 de 1892 dispone que el Gobierno reglamentará, de acuerdo con las autoridades eclesiásticas, todo lo conducente a la buena marcha de las misiones de catequización de indígenas y que podrá delegar en los misioneros facultades extraordinarias para ejercer la autoridad civil, penal y judicial, pero respecto de los indígenas de la región de Dabeiba esa delegación no se ha hecho, ni existe razón alguna que justifique la irresponsabilidad legal en que se pretende colocar al reo Domicó."

"Y como, por otra parte, no existe motivo para sostener ninguna de las causales de casación que enumera el artículo 3º de la Ley 118 de 1931, conceptúa esta Procuraduría que debéis mantener firme la sentencia recurrida."

No hay, pues, base en este caso para que prospere por ningún aspecto el recurso interpuesto.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia que ha sido objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZÁLEZ TORRES—Parmenio Cárdenas.
Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, febrero diez y nueve de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis F. Rosales).

En escrito presentado el diez y nueve de diciembre de mil novecientos treinta y uno, el doctor José Serafín Castro demanda la pensión a que cree tener derecho por servicios prestados a la República en el Poder Judicial por un tiempo no menor de veinte años, y apoya su solicitud en los artículos 3º de la Ley 12 de 1907 y 6º, 7º y 8º de la Ley 102 de 1927.

De la demanda se dio traslado al señor Procurador de la Nación quien en su vista de fondo de diez y seis de noviembre (sic) de 1932 (no pudo ser sino de febrero), acoge dicha petición que la Corte reproduce aquí por estimarla conforme con las pruebas del proceso y con el derecho invocado:

"El doctor José Serafín Castro, en apoyo de su solicitud de pensión por los servicios prestados en el Poder Judicial, ha presentado documentos fehacientes que prueban los siguientes hechos:

"Que tiene más de sesenta años de edad; que ejerció, previo nombramiento y posesión, el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Popayán por un lapso de veinte años; que carece de medios para su congrua subsistencia, que no recibe sueldo ni pensión y que se halla a paz y salvo con el Tesoro Público."

"Trajo, además, otros documentos que prueban el desempeño de otros empleos, pero que no es necesario estimarlos, pues el solo ejercicio del empleo de Magistrado justifica en lo principal su solicitud."

Empero, como faltase en los autos el comprobante de buena conducta que las leyes sobre la materia exigen, el expresado funcionario manifestó que debía llenarse previamente ese vacío; y así lo ha hecho el interesado trayendo un certificado de los doctores Tancredo Narinetti y Enrique Sanz Mazuera, Magistrado de la Corte Suprema el primero, y del Tribunal Superior de Bogotá el segundo, y en el cual aparece que la conducta del demandante es y ha sido siempre correcta en todo sentido.

En la demanda se pide que la pensión sea de ciento cincuenta pesos mensuales, de acuerdo con la cuantía establecida por la Ley 102 de 1927; pero es el caso que tal disposición ha venido a quedar modificada por el Decreto legislativo número 136 de 1932, dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confieren las Leyes 99 y 119 de 1931, y según el cual ninguna pensión pagada por el Tesoro Nacional será mayor de ochenta pesos mensuales.

En tal virtud la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reconoce a favor del doctor José Serafín Castro y a cargo del Tesoro Nacional, una pensión vitalicia de ciento cincuenta pesos mensuales desde el diez y nueve de diciembre de mil novecientos treinta y uno, fecha en que se presentó la demanda, hasta el cinco de febrero del presente año, en que entró a regir el Decreto legislativo antes citado, y de esta última fecha en adelante, la de ochenta pesos mensuales, con arreglo a lo prescrito en el artículo 9º de allí.

Esta pensión queda sujeta, además, a la pérdida de ella en los casos de la ley.

Publíquese, notifíquese, cópiese, envíese copia de este fallo al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, insértese en la Gaceta Judicial y archívense las diligencias.

ENRIQUE A. BECERRA—Luis F. Rosales—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, febrero veinticuatro de mil novecientos treinta y dos.

El señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta dirigió demanda ordinaria contra los señores Ignacio Uribe y William C. Archer, el primero colombiano, vecino de Cartagena, y el segundo de domicilio y paradero desconocidos. En la admisión de la demanda el Tribunal ordenó que se notificara personalmente a Uribe, y que en cuanto a Archer se le emplazara en la forma prevenida por los artículos 25 y 26 de la Ley 105 de 1890.

En la notificación de la demanda Uribe propuso la excepción dilatoria de "inepta demanda," basándose en que los hechos no estaban especificados con la debida separación y claridad. El Tribunal, por sentencia de treinta y uno de agosto del año pasado, declaró probada dicha excepción. El Fiscal apeló de dicha providencia, y concedida la alzada, han venido los autos a esta Superioridad, en donde, previa la tramitación legal correspondiente, se procede a decidirla.

Se observa que los edictos emplazatorios para hacer las notificaciones a Archer, fueron publicados en el periódico oficial, pero no se cumplió con lo ordenado por el artículo 27 de la Ley 105 de 1890, en lo concerniente al nombramiento de defensor. Como no aparece de autos que se haya cumplido con esta formalidad, el Tribunal no debió dar curso al incidente de excepciones por las razones que expone el señor Procurador en el siguiente pasaje que la Corte acoge:

"El Tribunal no ha debido tramitar y calificar la excepción propuesta antes de proveer a la representación del demandado Archer y notificar la demanda al defensor. El artículo 474 del Código Judicial dice: 'Cuando sean dos o más los demandados, la tramitación para resolver las excepciones presentadas no empezará sino desde que haya transcurrido el término del último traslado.' El Tribunal ha faltado, pues, al cumplimiento de esa disposición, y eso bastaría para revocar el auto apelado."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, revoca el auto apelado y en consecuencia ordena que se provea el nombramiento de curador ad litem, de conformidad con el artículo 317 del nuevo Código Judicial, al cual curador se le dará traslado de la demanda antes de tramitar la excepción.

Cópiese y notifíquese; insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente devuélvase el expediente al Tribunal de donde procede.

ENRIQUE A. BECERRA—Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

El señor Recaudador Nacional de Hacienda de Cartagena dictó el auto ejecutivo de fecha treinta y uno de agosto del año próximo pasado, contra el señor Luis Pérez Chacón, para que pague a la Nación la suma de un mil cuatrocientos cuarenta y nueve pesos veintiún centavos, los intereses a la rata del uno y dos por ciento mensual sobre los impuestos de la renta a que se refiere el reconocimiento hecho por el propio funcionario, y las costas del juicio.

El mismo día remitió original el juicio al Administrador de Hacienda Nacional de Barranquilla, sin conferirle comisión alguna. Este funcionario lo envió al Juzgado de Rentas Nacionales del mismo lugar acatando—dice—instrucciones dadas en un telegrama que no obra en autos, procedente de la Administración Nacional de Hacienda de Bolívar.

El Juez de Rentas de Barranquilla, creyéndose comisionado, notificó e intimó el auto ejecutivo al deudor, quien en el acto interpuso el recurso de apelación para ante la Corte.

Como el recurso está pendiente desde el año pasado, corresponde decidirlo de acuerdo con las disposiciones del Código Judicial que regía en ese año (artículo 1228 de la Ley 105 de 1931).

Conforme al precepto del artículo 132 de aquel Código, "las autoridades a quienes un Juez competente confiera una comisión, se sujetarán a su tenor literal.... Todo acto distinto constituye usurpación y es nulo...." De donde se sigue que para que un Juez pueda legalmente cumplir una comisión, es preciso que otro se la confiera por medio de un auto en que se expresen los puntos sobre que ella verse. Y como en el caso que se contempla no consta que el Administrador de Hacienda que dictó el mandamiento comisionara al Administrador de Hacienda de Barranquilla, ni que éste a su vez subcomisionara al Juez que intimó el mandamiento, este último funcionario no podía legalmente ejercer las funciones de comisionado y su actuación está viciada de nulidad por carencia de jurisdicción.

No estando legalmente notificado el mandamiento de pago, no puede la Corte entrar a considerar el recurso de apelación interpuesto contra dicha providencia y se debe, en consecuencia, devolver la actuación a la oficina de su origen para que se le dé el curso legal que corresponda.

Por tanto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, se abstiene de decidir el recurso de apelación pendiente y dispone se devuelva la presente actuación al Juez de Rentas Nacionales de Barranquilla.

Notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

ENRIQUE A. BECERRA—Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, marzo dos de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

El señor Ministro de Educación Nacional ha enviado a esta corporación, con concepto favorable, el expediente formado por la señorita Carmen Arias L., en sol-

cidad de pensión como maestra de escuela primaria oficial.

La señorita Arias L. ha comprobado lo siguiente:

Primero. Con certificado del Director de Educación Pública de Antioquia, que ha desempeñado el cargo de maestra de escuelas primarias en el Municipio de Sonsón, por un tiempo de treinta años y once meses, y que los sueldos devengados en los dos últimos años de servicio fueron de ochenta y cinco, ochenta y uno y setenta y ocho pesos mensuales.

Segundo. Con certificado del Cura párroco de Sonsón, que es mayor de cincuenta años de edad.

Tercero. Con certificado expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que no ha recibido pensión ni recompensa alguna de carácter nacional; según consta en los libros que fueron examinados detenidamente antes de expedir el certificado.

Cuarto. Con las declaraciones de los señores Climaco Ramos, Luis R. Escobar y Roberto Luis Quintana, rendidas ante el Juez 4º del Circuito de Medellín, con intervención del Agente del Ministerio Público, que ha trabajado en todo el tiempo con honradez y consagración y siempre bajo los auspicios y régimen de una ejemplar conducta moral y social; que carece de renta mensual proveniente de capital, oficio o profesión de cuantía mayor de cincuenta pesos.

Quinto. Con certificado del Jefe del Impuesto sobre la renta de Sonsón, que no está gravada por concepto alguno con impuesto sobre la renta.

Cumplidos como están los requisitos que para conceder la gracia exige la Ley 114 de 1913, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y teniendo en cuenta el artículo 2º de la Ley nombrada, reconoce a favor de la señorita Carmen Arias L., y a cargo del Tesoro Nacional, una pensión vitalicia de cuarenta pesos con sesenta y seis centavos (\$ 40-66) mensuales, que es la mitad del promedio de los sueldos devengados por la peticionaria en los dos últimos años de servicio y que se le pagará desde el diez y nueve de febrero del presente año, fecha en que se completó la documentación en la Corte.

Esta pensión queda sometida a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas en el artículo 4º de la Ley 78 de 1926 y a las demás consignadas en las leyes.

Pásese copia de este fallo a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—Luis F. Rosales—Julio Luzzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, marzo dos de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

El señor Ministro de Educación Nacional ha enviado a esta corporación, con concepto favorable, el expediente formado por la señorita Margarita Díaz Otero, en solicitud de pensión de jubilación como maestra de escuela primaria oficial.

La señorita Díaz Otero ha comprobado lo siguiente:

Primero. Con certificado del Director General de Educación Pública del Departamento de Santander, que

ha desempeñado el cargo de maestra de escuelas primarias del Socorro, Zapatoa, Bucaramanga y otras, en un lapso de veintiocho años, siete meses y veintisiete días; que todos estos cargos los ha servido con honradez y consagración; que los sueldos devengados en los dos últimos años fueron \$ 90 y \$ 80; que actualmente no ejerce empleo alguno en el ramo instructorista.

Segundo. Con certificado expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que no ha recibido ni recibe pensión ni recompensa alguna de carácter nacional; según consta en los libros que fueron examinados detenidamente antes de expedir el certificado.

Tercero. Con certificado del señor Cura párroco de Zapatoa, que es mayor de cincuenta años.

Cuarto. Con las declaraciones de los doctores Luis Ardila Gómez y Joaquín Serrano y Serrano, rendidas ante el Juez 2º del Circuito de Bucaramanga, con intervención del Agente del Ministerio Público, que ha desempeñado el magisterio con honradez y consagración, que carece de renta para atender a su subsistencia, de acuerdo con su posición social y costumbres, que observa ejemplar conducta y que permanece soltera.

Quinto. Con certificado del Administrador de Hacienda Nacional de Bucaramanga, se viene en conocimiento que la peticionaria no ha sido gravada con el impuesto sobre la renta.

Cumplidos como están los requisitos que para conceder la gracia exige la Ley 114 de 1913, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y teniendo en cuenta el artículo 2º de la Ley citada, reconoce a favor de la señorita Margarita Díaz Otero, y a cargo del Tesoro Nacional, una pensión vitalicia de cuarenta y dos pesos con cincuenta centavos (\$ 42-50), mensuales, que es la mitad del promedio de los sueldos devengados en los dos últimos años de servicio por la peticionaria, y que se le pagará desde el quince de diciembre de mil novecientos treinta y uno, fecha en que fueron presentadas las diligencias a la Corte.

Esta pensión queda sometida a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas en el artículo 4º de la Ley 78 de 1926 y a las demás consignadas en las leyes.

Pásese copia de este fallo a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—Luis F. Rosales—Julio Luzzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, marzo tres de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

El señor Ministro de Educación Nacional ha enviado a esta corporación, con concepto favorable, el expediente formado por la señora Pastora Villa de Mejía, en solicitud de pensión de jubilación como maestra de escuela primaria oficial.

La señora Villa de Mejía ha comprobado lo siguiente:

Primero. Con certificado del Director de Educación de Instrucción Pública de Antioquia, que ha desempeñado el cargo de maestra de escuela en las poblaciones de Armenia, Pueblito, Angelópolis, La Clarita, Matasano

y Cienaguita, por un tiempo de veinticuatro años tres meses, y que el sueldo devengado por la peticionaria en los dos últimos años de servicio fueron de sesenta pesos mensuales.

Segundo. Con certificado del Cura párroco de Titiribí, que es mayor de cincuenta años.

Tercero. Con certificado expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que no ha recibido ni recibe pensión ni recompensa alguna de carácter nacional; según consta en los libros que fueron examinados detenidamente antes de expedir el certificado.

Cuarto. Con las declaraciones de los señores Luis Rafael Mejía, Andrés Ramírez L. y Luis R. Escobar, rendidas ante el Juez 4° del Circuito de Medellín y con intervención del Agente del Ministerio Público, que ha desempeñado el magisterio con honradez y consagración, que carece de renta mensual proveniente de capital, oficio o profesión de cuantía mayor de cincuenta pesos, y que ha observado siempre una ejemplar conducta.

Quinto. Con certificado del Recaudador de Hacienda Nacional de Angelópolis, acredita que no está gravada por concepto alguno con el impuesto sobre la renta.

Cumplidos como están los requisitos que para conceder la gracia exige la Ley 114 de 1913, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y teniendo en cuenta el artículo 2° de la Ley nombrada, reconoce a favor de la señora Pastora Villa de Mejía, y a cargo del Tesoro Nacional, una pensión vitalicia de treinta pesos mensuales, que es la mitad del sueldo devengado en los últimos años por la peticionaria, y que le será pagada desde el doce de febrero del presente año, fecha en que fueron presentadas las diligencias a la Corte.

Esta pensión queda sometida a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas en el artículo 4° de la Ley 78 de 1926, y a las demás consignadas en las leyes.

Reconócese al doctor Elías Abad Mesa como apoderado de la señora Pastora Villa de Mejía, en los términos del poder conferido, el cual se copiará en el libro respectivo para los efectos legales.

Pásese copia de este fallo a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

LUIS F. ROSALES—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo siete de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En grado de consulta y por tratarse de negocio en que tiene interés la Nación, ha venido en consulta a la Sala Dual, de acuerdo con las disposiciones de la Ley 103 de 1923, el auto de fecha nueve de octubre de mil novecientos veinticuatro, dictado por el señor Magistrado sustanciador, y en virtud del mandamiento ejecutivo, inclusive, y decreta también la cancelación de las inscripciones de embargo, hechas con motivo del juicio, y el levantamiento del depósito de los bienes embargados.

Tramitado el recurso de acuerdo con la citada Ley, ha llegado la oportunidad procedimental de decidir acerca de su mérito y a ello se procede previas las consideraciones que siguen.

Base del incidente propuesto por el señor doctor Pedro María Carreño, en su carácter de apoderado de Cortissoz, Correa & C°, de Barranquilla, fue la orden de pago expedida a favor del Tesoro Nacional y a cargo de la sociedad mencionada, con fecha tres de marzo de mil novecientos veintitrés, por la suma de doscientos mil pesos oro colombiano, por los intereses de dicha suma al doce por ciento anual desde el diez y seis de julio de mil novecientos veintidós, hasta que se verifique el pago, y por las costas del juicio; orden que dictó el señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales.

Sirvió como recaudo ejecutivo la copia de reconocimiento hecho por el señor Tesorero General de la República a favor del Tesoro Nacional y a cargo de la compañía mencionada, por la suma dicha y por sus intereses, como valor del producto mínimo que debe pagar dicha sociedad como administradora delegada de la renta de Salinas marítimas, en el primer semestre de mil novecientos veintidós; y la copia de la escritura pública número 641, otorgada el siete de abril de mil novecientos diez y nueve ante el Notario segundo de esta ciudad, en que consta la cláusula j) del respectivo contrato, cláusula por la cual la Compañía ejecutada se comprometió "a responder al Gobierno de que el producto líquido de la renta de Salinas marítimas que se encarga de administrar, no será inferior en cada año a la suma de cuatrocientos mil pesos (\$ 400,000) oro, y a pagar al Gobierno la diferencia que resultare en caso de que ese producto líquido no alcanzare a la mencionada suma."

Fundamentos de hecho de la petición de nulidad de lo actuado fueron éstos:

"1° El Gobierno Nacional delegó en la persona de Cortissoz, Correa & Compañía la administración de las salinas marítimas del Atlántico, en los términos y de conformidad con el contrato que se hizo constar en la escritura arriba citada, y que fue luego modificado en el sentido de los Decretos 815, de 15 de abril de 1919; 1466 de 26 de julio de 1920 y 1712 de 13 de septiembre de 1920; Decretos que fueron aceptados por los contratantes.

"2° El Gobierno Nacional y Cortissoz, Correa & Compañía, esto es, las partes contratantes, celebraron el contrato de fecha 29 de mayo de 1922, modificativo del de 1919, prenombrado, contrato el último en el cual, entre otras estipulaciones, se hizo constar ésta:

'Segunda..... Es entendido que las diferencias entre el Gobierno y el contratista, en relación con el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato de mil novecientos diez y nueve, y con la interpretación de éste, serán resueltas por el Poder Judicial y los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en lo que les corresponda conforme a las leyes.'

Como razones de derecho se adujeron las disposiciones de los artículos 1602, 1603, 1618 y 1746 del Código Civil; 40, 145 y 157 del Código Judicial; 123 y 136 de la Ley 105 de 1890, y la Ley 56 de 1914.

La providencia que se revisa contiene el siguiente análisis de los fundamentos de hecho y de los de derecho, que la Sala acoge por encontrarlo acertado en sus apreciaciones jurídicas. Dice:

"El artículo 4° la Ley 56 de 1914 es del siguiente tenor:

'Los Jueces de Ejecuciones Fiscales conocerán, en ejercicio de la jurisdicción coactiva, no sólo de los negocios

a que se refiere el artículo 407 del Código Fiscal, sino de cualesquiera otros en interés de la Nación que les encarguen la Tesorería General de la República u otra entidad de Hacienda Nacional, ya proceda el crédito de contratos o convenios celebrados por el Gobierno o sus Agentes con los extinguidos Estados, con los Departamentos o con particulares, o de otra causa legal, durante la existencia de la República, siempre que el contrato o convenio respectivo no establezca prohibición determinada en el particular, o no fije una jurisdicción exclusiva.'

"De acuerdo con los términos de este artículo, no puede desconocerse que el Juez de Ejecuciones Fiscales que profirió el mandamiento ejecutivo tenía jurisdicción para conocer del presente juicio en virtud de la comisión que le confirió el señor Tesorero General de la República, en tanto que las partes contratantes no hubieran establecido prohibición alguna al respecto, o no hubieran pactado una jurisdicción especial.

"Mas precisamente esto último es lo que ha ocurrido en el caso que se considera, puesto que las partes contratantes, por medio de la cláusula segunda que ya se conoce de la Convención de 29 de mayo de 1922, modificativa del contrato primitivo, fijaron la jurisdicción exclusiva del Poder Judicial y de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en lo que les correspondiera conforme a las leyes, para la solución de las diferencias que surgieran entre dichas partes en relación con el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato de mil novecientos diez y nueve y con la interpretación de la expresada convención.

"De forma que la citada cláusula sustrajo del conocimiento de los Jueces de Ejecuciones Fiscales los juicios que, como el presente, versen sobre cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato de mil novecientos diez y nueve, no estando, como no están, acordes las partes acerca de tales obligaciones.

"El señor Procurador General arguye que de conformidad con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en el primitivo contrato celebrado entre el Gobierno y Cortissoz, Correa & Compañía, deben entenderse incorporadas las leyes fiscales relativas a la administración de las rentas públicas, como la de salinas marítimas, son de orden público, no pudieron tales leyes derogarse ni modificarse por medio del contrato de mil novecientos veintidós, de acuerdo con el principio consagrado en el artículo 16 del Código Civil.

"A esto cabe observar que el artículo 4° de la Ley 56 de 1914, que atrás se reprodujo, autorizó de manera general para fijar contractualmente una jurisdicción distinta de la coactiva para los negocios judiciales referentes a créditos a favor del Estado, procedentes de contratos o convenios celebrados por el Gobierno o sus agentes en los extinguidos Estados, con los Departamentos o con particulares, sin excepción alguna por razón de la naturaleza del crédito; lo cual patentiza que el legislador no ha considerado como asunto de orden público lo relativo a la jurisdicción, aunque se trate de créditos de carácter fiscal.

"Como ya en un asunto del todo análogo al presente, ventilado entre las mismas partes, se estudió muy ampliamente el problema de la jurisdicción, la Sala no estima necesario entrar aquí en ulteriores consideraciones, por cuanto las que en tal ocasión se hicieron son en un todo pertinentes al caso que aquí se contempla."

Como la materia sujeta a la discusión está perfectamente dilucidada y ninguna razón nueva en contrario se ha presentado, sin necesidad de otros comentarios que sobran por inútiles, es el caso de confirmar, como en efecto se confirma, en todas sus partes, la providencia de que se ha hecho mérito.

Cópiese y notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente devuélvanse los autos. Publíquese.

ENRIQUE A. BECERRA—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo nueve de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

El señor Ministro de Educación Nacional ha enviado a esta corporación, con concepto favorable, el expediente formado por el señor Edmundo Vilar, en solicitud de pensión de jubilación como maestro de escuela primaria oficial.

El señor Vilar ha comprobado lo siguiente:

Primero. Con certificado del Director de Educación Pública de Cundinamarca, que ha desempeñado el cargo de maestro de escuelas urbanas desde 1909, hasta 1921; salvo en el año de 1911, y el cargo de Inspector Escolar desde 1924 hasta 1931, o sea por un tiempo de veinte años; que ha servido los anteriores cargos con honradez y consagración y que el sueldo devengado en los dos últimos años de servicio fueron de doscientos y ciento ochenta pesos mensuales.

Segundo. Con el certificado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que no ha recibido ni recibe pensión ni recompensa alguna de carácter nacional, según consta en los libros que fueron examinados detenidamente antes de expedir el certificado.

Tercero. Con certificado del Cura Rector de San Pedro, de Bogotá, aparece que el peticionario sólo tiene cuarenta y tres años cinco meses, pero conforme al inciso 6° del artículo 4° de la Ley 114 de 1913, ha traído la comprobación de que se halla en incapacidad por enfermedad de ganar lo necesario para su sostenimiento, y al efecto ha presentado las declaraciones juramentadas de los doctores Luis Fernando Neira, P. Ospina Herrera y Alberto Castellanos, quienes ante el Juez 1° del Circuito de Bogotá y con intervención del Agente del Ministerio Público, afirman "que el señor Edmundo Vilar, ha venido sufriendo de una emiplegia derecha con lesiones manifiestas de atrofia muscular, y que dicha lesión incapacita al señor Vilar, de por vida, para ganarse lo necesario para su sostenimiento."

Cuarto. Con las declaraciones de los señores Ramón Zapata y Gerardo Arrubla, rendidas ante el Juez 1° del Circuito de Bogotá, con intervención del Agente del Ministerio Público, que han tenido ocasión de "apreciar las labores maravillosas y asidua consagración, puesto que ha servido con honradez y consagración ejemplares."

Quinto. Con certificado del Administrador de Hacienda Nacional de Bogotá, que está a paz y salvo con el Tesoro Público por concepto de impuesto sobre la renta.

Aunque el certificado del Director de Educación Pública de Cundinamarca dice que el sueldo devengado por el

peticionario en los dos últimos años fue de doscientos y ciento ochenta pesos mensuales, la cuantía de la pensión no puede exceder de ochenta pesos mensuales, según lo dispuesto en los artículos 1° de la Ley 80 de 1916 y 9° del Decreto ejecutivo número 136 de 23 de febrero de 1932.

Por tanto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y teniendo en cuenta las disposiciones antes citadas, así como las de la Ley 114 de 1913, reconoce a favor del señor Edmundo Vilar y a cargo del Tesoro Nacional, una pensión vitalicia de ochenta pesos mensuales, que le será pagada desde el diez y seis de febrero del presente año, fecha de la presentación de la demanda ante la Corte.

Esta pensión queda sometida a las condiciones de suspensión y pérdida en los casos de la ley.

Pásese copia de este fallo a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívense las diligencias.

LUIS F. ROSALES—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Enrique A. Becerra.

Por las razones que he presentado antes en negocios idénticos y las cuales considero inútil repetir, salvo mi voto porque considero que la cuantía de la pensión en este caso como en aquéllos, debe ser la mitad del sueldo devengado en los dos últimos años, según lo establece la Ley 114 de 1913. Y no obsta a esta conclusión lo dispuesto por el artículo 9° del Decreto ejecutivo número 136 de 1932, porque este Decreto si suspende la legislación existente no la deroga, según el canon constitucional consagrado en el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910; de manera que la pensión ha debido decretarse señalando como cuantía la mitad del sueldo y limitándola a los ochenta pesos que dicho decreto fija, mientras él esté en vigencia.

Bogotá, marzo diez de mil novecientos treinta y dos.
Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.
Bogotá, marzo treinta y uno de mil novecientos treinta y dos.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto de fecha veinticinco de febrero de este año, dispuso el envío a este Despacho, "por ser de su competencia," del incidente de excepciones propuestas por Manuel A. Salazar, en el juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva por suma de pesos y en nombre de la Nación le sigue el Juez 2° Nacional de Ejecuciones Fiscales.

Para fundar su decisión el Tribunal tuvo en cuenta las disposiciones del ordinal 5° del artículo 36 de la Ley 105 de 1931 y la del artículo 1228 de la misma Ley, el primero de los cuales atribuye a esta Sala de la Corte el conocimiento del incidente de excepciones y de las tercerías en los juicios que se sigan por los Recaudadores de rentas nacionales y los Jueces de Ejecuciones Fiscales Nacionales, investidos de jurisdicción coactiva; y el segun-

do declara que "las disposiciones de este Código se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir; pero los términos no vencidos, los recursos interpuestos, y las tercerías e incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente."

Y razonó así:

"Según el artículo 1228 de la Ley 105 de 1931, sobre organización judicial y procedimiento civil, las disposiciones de los dos nuevos libros del Código Judicial (artículo preliminar de la misma Ley), son aplicables a los juicios pendientes en el momento en que principió a regir dicha Ley. Esta regla general se refiere, pues, tanto a las nuevas disposiciones sobre procedimiento civil como a las nuevas reglas sobre competencia."

"Luego el Tribunal desde el primero de enero de este año, fecha inicial de la vigencia de la Ley 105 de 1931, no tiene jurisdicción para conocer el incidente, y la entidad competente para sustanciarlo y decidirlo privativamente en una sola instancia, es la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

"La segunda parte del mencionado artículo 1228, introduce una excepción a la regla general de la primera parte: pero los incidentes introducidos se rigen por la ley aplicable al tiempo en que se promovió el incidente. ¿Cuál es el sentido y alcance de esta disposición? La segunda parte del artículo no pudo referirse a las leyes de competencia porque resultaría absurda la excepción; por ejemplo: un Juez del Circuito de Bogotá que antes de la vigencia de la nueva ley estuviera conociendo de un ejecutivo por menor de mil pesos, en que se sustanciaba un incidente de excepciones, al entrar en vigencia la nueva ley perdería la jurisdicción para conocer de lo principal, la ejecución (artículos 196, 109, numeral 2°, 120), y la conservaría para conocer del incidente nada más, si se dijera que la excepción del artículo 1228 se refiere a las leyes anteriores de competencia, y sería competente por cierto tiempo, hasta la terminación del incidente y después dejaría de serlo y pasaría la competencia al Juez Municipal, si se dijera lo mismo.

"Tampoco se refiere la excepción a todas las reglas anteriores de procedimiento, porque entonces se anularía la regla general de que las nuevas disposiciones procedimentales se deben aplicar a los juicios pendientes al entrar en vigencia la nueva ley procedimental consignada en la primera parte del artículo. En efecto, supóngase que los recursos, tercerías e incidentes que estaban pendientes el 1° de enero de este año en todas las oficinas judiciales de la República, se debieran regir por la antigua ley procedimental; entonces la nueva ley procesal no tendría aplicación sino en los asuntos iniciados después de aquella fecha y en la prosecución de las primeras instancias de los antiguos asuntos; estos casos son poquísimos y los casos de los recursos, tercerías e incidentes pendientes, son la casi totalidad; ¿entonces cuándo y cómo tendría aplicación la regla general de que la nueva ley se aplica a los juicios pendientes en el momento de principiar su vigencia? Continuando en la misma hipótesis, resultaría que, por ejemplo, los autos dictados en una segunda instancia de un juicio ordinario iniciada por recurso de apelación interpuesto antes del 1° de enero, habría que notificarlos por edicto, al

paso que los dictados en una segunda instancia promovida después de aquella fecha, habría que notificarlos por estados; se tendrían, pues, dos legislaciones procedimentales en aplicación en el país a un mismo tiempo, cuando la voluntad del legislador fue la de que la nueva ley procesal se aplicara a todos los asuntos en curso y que la ley antigua dejara de aplicarse en esos asuntos, salvo cuatro casos muy limitados.

"No dando luz en la interpretación del punto, la expresión de la segunda parte del artículo 1228, 'rigen por la ley aplicable al tiempo en que se promovió el incidente,' hay que investigar entonces a qué incidentes se refirió la excepción consagrada en esa segunda parte. Para el Tribunal, vistos los resultados inaceptables y contrarios a la voluntad del legislador, antes señalados, aparece como claro y fundado que la excepción de que se trata no se refiere sino a aquellos incidentes previstos y reglamentados en la antigua ley procesal y que la nueva no previó ni reglamentó, en cuanto a su sustanciación o a aquellos que la nueva ley reglamentó de manera diferente a la antigua. Por ejemplo, el incidente sobre prestación de fianza de costas, pendiente el 1º de enero de este año, se rige por la antigua ley, porque la nueva no lo admite ni establece su tramitación; el incidente de impedimento del Juez o Magistrado pendiente en la misma fecha, continúa sustanciándose conforme a la ley antigua, porque la nueva lo reglamenta de otro modo. Es esta la única manera de entender y aplicar lógica y jurídicamente la excepción y de evitar consecuencias absurdas y funestas en la administración de justicia.

"De aquí se deduce que las leyes antiguas aplicables a los incidentes a que se refiere la excepción son las relativas a la admisibilidad, sustanciación y fallo de esos incidentes que ahora no establece expresamente la nueva ley o reglamenta de modo diferente a la antigua y nada más.

"Como este incidente de excepciones no es de aquellos a que se refiere, según lo dicho, la segunda parte del artículo 1228, porque está previsto y reglamentado en la nueva ley, aunque haya sido promovido y aun sustanciado hasta cierto punto bajo el imperio de las antiguas leyes de competencia y procedimiento, según la primera parte del mismo artículo."

Para resolver lo que se estima jurídico, la Corte tiene en cuenta:

Como antecedente de la disposición del artículo 1228 que se discute, la Comisión redactora del proyecto, que es la Ley 105 de 1931, en la exposición de motivos expresó:

"Disposición final. Declara exactamente la misma doctrina del 40 de la Ley 153 de 1887, pero empleando una terminología más jurídica.

"Siendo las leyes procedimentales disposiciones de orden público, deben aplicarse a las actuaciones pendientes y no dejar que sobrevivan las viejas normas sino en aquello que verdaderamente constituye un derecho adquirido."

El artículo 40 de la Ley 153, a que la Comisión se remite, expresa textualmente:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente a tiempo de su iniciación."

De acuerdo con el criterio de los autores del proyecto, la disposición por ellos redactada, esto es, el artículo 1228, sólo se diferencia de la del artículo 40, en que en lugar de hacer uso de la expresión "actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas," ellos precisaron mejor el concepto concretándolo cuando dicen: "los recursos interpuestos, y las tercerías e incidentes introducidos."

Según el artículo 40, las disposiciones que prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, son las concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, esto es, las que tienen por objeto formar la causa o el proceso hasta ponerlo en estado de sentencia, o en otros términos, las que regulan la tramitación o curso del juicio. Empero, como entre las disposiciones sobre organización y procedimientos civiles las hay de naturaleza muy distinta a la simple formación de la causa o del proceso, es decir, a la simple sustanciación y ritualidad, de aquí el criterio de los miembros de la Comisión, quienes entendiendo aquella diferencia y respetando la disposición sustantiva del artículo 40 de la Ley 153, concluyeron distinguiendo entre disposiciones simplemente procedimentales y disposiciones que constituyen un derecho adquirido. Y con este criterio dijeron que las primeras "deben aplicarse a las actuaciones pendientes y no dejar que sobrevivan las viejas normas," y respecto de las segundas, establecieron la excepción porque ellas "constituyen un derecho adquirido." Excepción que consiste en aplicar la ley vigente al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente. De suerte que hay leyes en el procedimiento que son simplemente adjetivas y leyes que por constituir derechos, asumen el carácter de sustantivas.

Ahora bien: si se trata de un derecho adquirido, es obvio que la ley posterior no puede vulnerarlo ni desconocerlo por el carácter irretroactivo que ella tiene, de modo general, y en este caso el término que no esté vencido, los recursos interpuestos y las tercerías e incidentes introducidos deben regirse por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente, como de modo claro y sin distinciones lo estatuye el artículo 1228.

Veamos ahora si la competencia para conocer de un negocio, procedente de la ley vieja o nueva, es cuestión de simple ritualidad o procedimiento, o si al contrario es asunto sustantivo, que constituye derecho.

"La competencia es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República." (Artículo 143 de la Ley 105 de 1931).

El legislador que instituyó el Poder Judicial como entidad encargada de ejercer permanentemente sobre nacionales y extranjeros, la facultad de administrar justicia de acuerdo con la Constitución y las leyes, con el objeto de hacerla efectiva y oportuna, asigna esa facultad a las distintas entidades por él instituidas y determina a cada uno, de modo privativo o preventivo, los negocios sobre los cuales debe decidir. Y esta misión social, la más trascendente que humanamente puede realizarse, tiene su origen en la necesidad de que el equilibrio y el orden se mantengan para que la convivencia humana satisfaga los fines racionales a que naturalmente se tiende o acuerdo con su esencia propia y natural.

Es más: si estos son los fines que en último término se atribuyen a la competencia de los Jueces para conocer de los negocios que hayan de decidirse por ellos como encargados de la administración de justicia, hay que concluir que las disposiciones reguladoras de esa misma competencia como de orden público que son, participan del carácter de disposiciones sustantivas, ora por la materia a que se refieren, ya porque regulan derecho no sólo desde el punto de vista social sino también individual: lo primero, porque el derecho de un Juez para conocer de un negocio privativamente, le compete con exclusión de otro, y lo segundo, porque el derecho que un ciudadano tiene para acudir ante un Juez, según la ley, no puede desconocérsele en ningún caso. Y si de acuerdo con los distintos grados de jurisdicción, en un caso dado, el ciudadano goza de varias instancias en vez de una, es claro que la ley que establece las primeras garantiza más eficazmente su derecho, que aquella que establece la instancia única, y en ese caso, la ley que estatuye con posterioridad no debe tener efecto retroactivo menoscabando el derecho adquirido a las varias instancias en un juicio, ya iniciado bajo el imperio de la ley más protectora.

Y no es porque en los casos de tránsito de la antigua a la nueva ley pueda ocurrir que un Juez antes de la vigencia de la nueva ley esté conociendo de determinado juicio y por obra de la vigencia de la ley nueva pueda perder la jurisdicción de ese mismo juicio o de alguno de sus incidentes; nó. Es en virtud de principios fundamentales que precisamente fundan la excepción para estos casos, excepción que tiende a conservar la jurisdicción respecto de los juicios ya iniciados y con ella el ejercicio de todos los derechos procedimentales sustantivos que amparan el patrimonio y realizan de esta manera el orden social. Y el argumento que con base en esa pérdida de jurisdicción pudiera deducirse contra la excepción establecida por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y el 1228 de la Ley 105 de 1931, confirma de modo claro la consecuencia deducida de estos principios fundamentales en virtud de los cuales se exige que todo término, excepción o incidente que hayan empezado o se hayan promovido bajo el imperio de la ley antigua, se rija mediante los trámites por ella establecidos.

Además: esta interpretación, que es acogida y practicada por las Salas de Casación de esta misma Corte, tiene como antecedente la aplicación práctica que de ella hizo el legislador de 1907, cuando en el artículo 167 de la Ley 40 dispuso:

“Los juicios civiles y causas criminales abiertas cuando principie a regir la presente Ley, seguirán su curso ante los mismos Jueces que aprehendieron el conocimiento de ellos”; aplicación práctica que no apreció el argumento presentado por el Tribunal, de que se tuvieran dos legislaciones procedimentales en aplicación en el país a un mismo tiempo, “cuando la voluntad del legislador fue que la nueva ley procesal se aplicara a todos los asuntos en curso, y que la antigua ley dejara de aplicarse en esos asuntos, salvo cuatro casos muy contados”; pues importa no olvidar que en tratándose del tránsito de una legislación antigua a la nueva, según el comentario ya hecho, necesariamente por obra de la misma ley nueva la antigua queda vigente para determinar casos, como puede observarse, no simplemente respecto de disposiciones procedimentales, sino en relación con estatutos civiles, tales como los de los artículos

20, 28, 30, 31, 34, 35, 36, 39, 40 y 41 de la Ley 153, antes citada.

Y no es que con esta interpretación se anule la regla general de que las nuevas disposiciones procedimentales se deben aplicar a los juicios pendientes al entrar en vigencia la nueva ley, nó; porque la interpretación tiende a que se respete así la regla general, como la excepción en ella establecida: la norma general, en relación con las disposiciones de simple ritualidad o procedimiento, como la notificación por edicto o por estado, y la excepción respecto de las disposiciones sustantivas procedimentales, como la jurisdicción para conocer de un negocio, la duración de un término, el derecho a interponer un recurso y los fundamentos que lo sustenten, así como la facultad para promover las tercerías y los incidentes que la antigua ley autorizaba; disposiciones que, como ya se dijo, constituyen derechos adquiridos.

Y como la segunda parte del artículo 1228 que establece la excepción no hace distinción ninguna referente a la clase o naturaleza de los términos, recursos, incidentes o tercerías, los cuales se rigen por la ley aplicable al momento en que empezaron a correr o se promovieron, respectivamente, no se ve la razón para concluir que es claro y fundado “que la excepción de que se trata no se refiere sino a aquellos incidentes previstos y reglamentados en la antigua ley procesal y que la nueva no previó ni reglamentó, en cuanto a su sustanciación, o a aquellos que la nueva ley reglamentó de manera diferente a la antigua”; porque esta interpretación se sale de los términos literales de la disposición del artículo 1228 citado, y peca contra la del artículo 27 del Código Civil, según el cual “cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.”

Por todo lo expuesto, se concluye que el conocimiento de este negocio, según el artículo 1228 de la Ley 105 de 1931, corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en primera instancia, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 53 de 1917, en armonía con el ordinal 2º del artículo 73 del antiguo Código Judicial, y con el ordinal 1º del artículo 7º de la Ley 169 de 1896, vigentes en el momento en que se promovió el incidente de excepciones de que aquí se trata; y en segunda instancia corresponde a esta Sala de la Corte Suprema. Como consecuencia, devuélvanse los autos al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Cópiese y notifíquese; insértese en la Gaceta Judicial.

ENRIQUE A. BECERRA—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

(Volumen 3º)

Extractada, compilada y anotada por

FERNANDO GARAVITO A.,

Relator de la Corte.

Años de 1919-1926, inclusive.

Esta importante obra de más de mil páginas, precedida de una nota sobre *Tecnicismo jurídico* y seguida de una lista de las disposiciones que han sido declaradas inexequibles por la Corte Suprema desde 1919 hasta 1928, está a la venta en la Imprenta Nacional a \$ 5-50 el ejemplar en rústica.

Imprenta Nacional

GACETA JUDICIAL

Organo oficial de la Corte Suprema de Justicia.

Tomo XXXIX

Bogotá, 1.º de octubre de 1936

Número 1885

JURISPRUDENCIA RAZONADA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO XXXIX DE LA "GACETA JUDICIAL"

por

JULIAN MOTTA SALAS

Relator de la Corte Suprema de Justicia.

A

Págs.

ACCESION 1—Varias demandas instauraron Alejandro Anaya y otros ante el Juez de Lórica contra Daniel Nieves Polo, y entre ellas la que pidió se declarase de propiedad de la sucesión de Daniel Nieves Chupín una casa construida en suelo ajeno, más el correspondiente derecho de retención de él mientras se pagaba aquella por el dueño de éste. El Tribunal de Cartagena declaró que la casa era de propiedad de la sucesión de Nieves Chupín y que ésta tenía derecho a retener el suelo en que estaba edificada hasta que el demandado pagase el valor. En demanda de casación contra esa sentencia alegó el demandado errónea interpretación del artículo 739 del Código Civil, en el sentido de entender que ese artículo, al par que consagra las acciones de indemnización por el valor de las mejoras, y la retención del suelo donde se han levantado, reconoce también la acción petitoria de propiedad. Citó en apoyo de su tesis la sentencia de la Corte de 21 de septiembre de 1911 (*Gaceta Judicial*, tomo XX, página 285), cuya doctrina extracta así el autor del recurso: «La acción que tiene el que ha hecho plantaciones, edificaciones, etc., en terreno ajeno, creyéndolo propio, es personal contra el que es dueño del fundo cuando se hicieron las mejoras, y que tácitamente las permitió.»

«Observa la Corte que el caso de que trata la sentencia es distinto del presente, pues el dueño de las mejoras había perdido la tenencia de ellas y estaban en poder de un tercero, que no tenía obligación de responder de su valor. Dice así, textualmente, el fallo citado: 'Pues es bien sabido que la acción del que ha plantado, sembrado o edificado en terreno ajeno, a ciencia y paciencia del dueño, habiendo perdido la tenencia de las mejoras, es la personal contra el que era dueño cuando ellas se hicieron, y

que tácitamente permitió la construcción del edificio o la formación de la plantación o sementera.' En el punto que se controvierte, la casa construida por Nieves Chupín está en poder de su sucesión, y tiene ésta el derecho de retener el terreno en que está edificada, hasta que le sea pagado el valor de la casa, conforme al artículo 739 del Código Civil. Conforme a este artículo, el que edificó, plantó o sembró en terreno ajeno, a ciencia y paciencia del dueño de éste, no tiene en verdad el derecho real de dominio sobre el edificio o plantación o sementera, sino el derecho a que el dueño del terreno le pague el valor de las mejoras, acompañado del derecho de retención del terreno y, por lo mismo, de lo edificado o plantado en él, hasta que el valor de éstos sea satisfecho. Por tanto, no es jurídica la declaración de dominio que hace la sentencia del Tribunal respecto de la casa que se litiga.» (Casación, XXXIX, número 1879, mayo 28 de 1931).....

Págs.

60, 1ª

ACCIÓN REIVINDICATORIA 2—En el juicio ordinario de reivindicación que siguió María de Jesús Duque contra Roberto Duque, se sugirió en la demanda de casación propuesta por el demandado contra la sentencia del Tribunal que le condenó al tenor de lo pedido en la demanda, que el Tribunal había considerado ejercitada la acción reivindicatoria, cuando ni siquiera había citado la actora los artículos que definen esa acción, como los 946 y 950 del Código Civil, pues derivó el derecho de las disposiciones de los artículos 757, 762 y 789 del Código Civil, que nada tienen que ver con la acción de dominio.

«El Tribunal, ciertamente, estimó que en la demanda se trata de una acción reivindicatoria, y sobre esa

Págs.

base profirió el fallo. La Corte no halla error evidente de hecho en semejante estimación. Las peticiones del libelo son las típicas, por decirlo así, de la reivindicación: declaración del dominio a favor de la demandante, restitución del inmueble, pago de los frutos e indemnización por los deterioros. Se advierte en esto la intención de la señorita Duque, de lograr los fines esenciales de la reivindicación, con arreglo a los artículos 946, 961, 963 y 964 del Código Civil. En los hechos también se enuncian sustancialmente los fundamentos de la acción: que María de Jesús Duque es dueña de la casa, por adjudicación que se le hizo en la sucesión de sus padres; que la misma ha poseído la finca pacíficamente y sin interrupción, desde que le fue adjudicada, ejerciendo en ella actos de dominio; que desde el 30 de abril de 1921, el señor Duque D. retiene en su poder, sin derecho, la referida finca; que Duque D. no le ha dado a la demandante los frutos civiles y naturales del inmueble y que el mismo señor es responsable de los deterioros... Cuanto al derecho, causa o razón para incoar la demanda, adviértase que la cita de los artículos 757, 762 y 789 puede ser inútil; pero no alcanza a destruir la intención de la señorita Duque acerca de la acción de dominio, demostrada con la cita del título referente a ella. Ya ha decidido la Corte que 'no altera el título o razón de pedir, ni la naturaleza de la acción propuesta, el hecho de que se incurra en error al citar las disposiciones de derecho en que la misma acción se funda, si, por otra parte, se ha expresado con claridad lo que se pide y el derecho, causa o razón porque se intenta la demanda.' (Número 1124 del tomo 1º de la *Jurisprudencia*.) Casación, XXXIX, número 1879, mayo 13 de 1931).....

36, 1ª

ACEPTACIÓN DE UNA DONACIÓN. 3—El año de 1893 donó Concepción Hernández por escritura pública una casa al menor impúber Manuel María Barros y esa donación fue aceptada por su padre natural Blas de Barros. Veintiún años después la donante revocó la donación de acuerdo con Blas de Barros, fundándose en que no había sido aceptada legalmente, y luego vendió la finca donada a Blas de Barros el mismo día de la revocación. Como se incluyese la casa comprada en el juicio de sucesión de Manuel María Barros, Blas de Barros solicitó en juicio ordinario su exclusión de los inventarios. Ganó el pleito en la primera instancia y lo perdió en segunda, por lo cual interpuso recurso de casación de la sentencia del Tribunal, acusándola de violación de los artículos 1468 y 1469 del Código Civil.

«En vista de los hechos, aparece clara la violación de las disposiciones de la ley que cita el recurrente, por haber negado el Tribunal la exclu-

Págs.

sión demandada, ya que, no habiendo sido aceptada legalmente la donación, la donante podía revocarla a su arbitrio, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1469 del Código Civil, que es uno de los artículos que el recurrente considera quebrantados. Y como conforme al artículo 1468 del Código citado, el padre natural en su carácter de tal, no puede aceptar una donación hecha a su hijo, la verificada en favor del impúber Manuel María Barros, por Blas de Barros, padre natural de aquél, no tuvo eficacia, y por lo mismo el Tribunal quebrantó el artículo citado al considerar que la donación había sido legalmente aceptada.» (Casación, XXXIX, número 1881, septiembre 12 de 1931).....

274, 1ª

ALLANAMIENTO DEL DEUDOR A CUMPLIR LO PACTADO. 4—Antonio J. Ramírez demandó a Fabio Benavides para el cumplimiento de un contrato de arrendamiento de una finca por nueve años. El Tribunal halló, mediante una serie de indicios, que el arrendatario había pagado el cánón de arrendamiento en varios períodos y que a última hora se había negado el arrendador a recibir el pago. Condenado al tenor de la demanda, alegó en casación la violación del artículo 1609 del Código Civil, «porque Benavides no estaba en mora de cumplir ninguna de sus obligaciones de arrendador, una vez que de modo evidente aparece en el contrato que las cumplió. La oferta de pago válida requiere siempre el rechazo o la no comparecencia del acreedor a recibir, el allanamiento nó. El deudor a quien se le ha rechazado el pago sigue obligado a pagar, porque no ha satisfecho su obligación; pero ese rechazo no le impide, no lo pone en imposibilidad de pagar; porque la ley le ofrece entonces el camino de la consignación, tan válidamente como si lo hiciera al acreedor en persona; de suerte que no ha existido la imposibilidad alegada por Ramírez y sostenida por el Tribunal.»

Dijo la Corte:

«El Tribunal, mediante una serie de indicios que admite, da por probada la oferta de pago hecha al doctor Benavides por el recomendado de Ramírez, y dice: 'De forma y manera es que Ramírez no violó el contrato de arrendamiento de que se ha hablado, y que al tiempo del lanzamiento de la finca objeto de él, dicho señor no estaba en mora de cumplir su obligación, y por lo mismo, Fabio Benavides al provocar el juicio de desahucio y obtener la entrega de la finca, mediante el lanzamiento decretado, violó abiertamente el mencionado contrato, porque la condición resolutoria expresa consignada en la cláusula sexta no se había cumplido a la fecha de la oferta.' Agrega el Tribunal que podrá argüirse que el juicio de desahucio se promovió días después del 15 de marzo y que contra la negativa del doctor Benavides pudo haberse reaccionado, de donde se sigue que el demandante no cumplió

Págs.

con su obligación, o que en la fecha del desahucio ya se había consumado la condición resolutoria. Pero él mismo responde a la objeción expresada que el argumento carece de fuerza porque antes del 15 de marzo Ramírez había ofrecido el pago y Benavides se había negado a recibirlo, de donde se deduce que no estaba en mora de cumplir su obligación, y por que fundada su negativa en el hecho de que el contrato estaba terminado, el único camino que quedaba al comisionado de Ramírez era el de dar cuenta a éste de lo sucedido, pues quizá la insistencia habría sido perfectamente inútil. Y por otra parte: 'Realmente Ramírez o su comisionado ha debido emplear esa medida (la consignación) para mayor seguridad, y el no haberlo hecho implica por su parte un descuido; pero el argumento con todo no tiene fuerza, por dos razones: porque si el arrendatario hubiera recurrido al pago por consignación y éste se hubiera declarado suficiente por sentencia que tuviera autoridad y fuerza de cosa juzgada, entonces lo que habría alegado Ramírez sería el pago, y ya se ha visto que lo que éste invoca es que se allanó a cumplir en la forma y tiempo debidos, que es uno de los casos en que de acuerdo con el artículo 1609 del Código Civil el deudor no está en mora; y para demostrar aquella disposición en que estuvo el deudor de cumplir con su obligación no es necesario, en caso de repugnancia del acreedor, hacer el pago por otros medios igualmente eficaces. La ley no exige necesariamente para tales casos el pago por consignación, sino que presenta al deudor ese medio que a facultad puede utilizar para los efectos del artículo 1683 del Código Civil.' El Tribunal afirmó que el allanamiento del deudor es uno de los casos en que no está en mora, con arreglo al citado artículo 1609, y que Ramírez no lo está por haber ofrecido pagar antes del 15 de marzo, porque tal oferta es una demostración de allanamiento; y la Corte no descubre error de derecho en este concepto, supuesto que si era deber del arrendatario pagar el canon, al no querérselo recibir el arrendador, le bastaba probar suficientemente su voluntad o disposición práctica de pagar. El doctor Benavides le hace el cargo a Ramírez de no haber pagado oportunamente el precio, es decir, de hallarse en mora al respecto; luego sí es aplicable a la ocurrencia el artículo 1609, que establece los casos en que el deudor se libra de la sanción de la mora, uno de éstos el allanamiento. Y si se arguyere que Benavides había cumplido hasta entonces sus obligaciones de arrendador, por lo cual la contraparte no tenía por qué requerirlo, manifi-

Págs.

festando a la vez su propio allanamiento, es dable sostener que el recibo del precio, a la par que un derecho para Benavides, era una obligación del mismo, porque en las prestaciones recíprocas de un contrato, cada parte al cumplir las suyas, va adquiriendo derecho a que la otra las cumpla. Si la parte acreedora se niega sin motivo a aceptar, no sería justo que las consecuencias del rechazo culpable recayeran sobre el deudor allanado. Es que la renuncia del acreedor para recibir (*mora accipiendi*), también tiene trascendencia en los contratos. Conocidas son las diferentes cuestiones suscitadas en la teoría general del derecho respecto al alcance de dicha mora en orden a la liberación del deudor en cuanto a los intereses, los riesgos de la cosa debida, la indemnización de perjuicios, y la resolución; cuestiones planteadas sobre la base de un ofrecimiento no seguido de depósito judicial. La Corte no entra en el estudio de tales cuestiones: se limita a insistir en su pensamiento de que, en el caso controvertido, la repulsa que el demandado le dio a la oferta que el demandante le hizo oportunamente en razón del lugar y el tiempo, si bien no equivale al cumplimiento de la obligación de Ramírez, sí exime a éste de la sanción de perjuicios y resolución, porque aquella oferta es una prueba bastante de su allanamiento.» (Casación, xxxix, número 1883, diciembre 16 de 1931)....

427, 2ª y
428, 1ª

APODERADO PARA LA INDAGATORIA. 5—Afirmó el recurrente en casación en juicio criminal por homicidio que la sentencia era violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad que, en su sentir, consistía en no habersele nombrado apoderado para la indagatoria a uno de los sindicados.

«En el folio citado aparece la diligencia de ampliación de la indagatoria rendida por Silvestre A. Gómez, y consta allí que éste renunció al derecho de nombrar apoderado que lo asistiera en ese acto, por tenerlo ya constituido para el sumario. Según el artículo 5º de la Ley 104 de 1922, a ningún sindicado se le recibirá indagatoria sin que esté presente su apoderado, salvo los casos que el mismo texto legal exceptúa, en ninguno de los cuales se hallaba el sindicado Gómez, y de acuerdo con el artículo 3.º ibídem, todo sindicado tiene derecho de nombrar un apoderado que lo asista en la instrucción del sumario. Goza, pues, el sindicado de tal garantía para su defensa, pero la omisión de nombrarle apoderado cuando él no lo designa, no induce a nulidad sustancial en el juicio, máxime si el sindicado renuncia expresamente a ese derecho, como lo hizo Gómez para la

Págs.

ampliación de su indagatoria, y si consta que tenía apoderado para asistirlo en la instrucción del sumario. Efectivamente, de conformidad con el artículo 266, Ley 57 de 1887, fuera de los casos previstos en las disposiciones anteriores (artículos 264 y 265 ibidem), no puede ordenarse la reposición del proceso, cualesquiera que sean las omisiones o irregularidades que en él se anoten; y como la causal de casación de que se trata se refiere a vicios de nulidad *sustancial* en lo actuado, puede verse con claridad que no es el caso de infirmar el fallo, debido a la omisión que el recurrente anota. Por lo demás, según lo observa el señor Procurador, tal irregularidad, con mucho, podría invalidar la diligencia respectiva; y aun así, no hay duda de que el único interesado en el reclamo sería Gómez, a quien no perjudica de ninguna manera la omisión.» (Casación, XXXIX, número 1883, enero 27 de 1932).

498, 2ª.

APRECIACIÓN DE PRUEBAS. 6—Condenada la Compañía de Energía Eléctrica de Honda al pago de los perjuicios que sufrió Francisco García con una descarga eléctrica, alegó en el recurso de casación el recurrente que el Tribunal había incurrido en error de derecho al declarar probado el hecho de haber cogido García el alambre electrizado, puesto que los testigos que llegaron inmediatamente después del accidente «declaran que encontraron al demandante tendido en el suelo y sin conocimiento, y que oyeron decir que ello provenía de una descarga eléctrica.» Y agregó que «solo un testigo vio a García coger el alambre.» La Corte considera el conjunto de pruebas que confluieron para probar el hecho de que García sí cogió el alambre, y las analiza una a una. Después concluye:

«Como se ve, el Tribunal no incurrió en el error de derecho de que habla el recurrente, ni la Corte tiene facultad para apreciar las pruebas citadas, en conformidad con la siguiente doctrina, que conviene mantener: "Como el Tribunal es soberano en la apreciación de las pruebas del proceso, no puede atacarse una sentencia por error de hecho o de derecho a causa de que el juzgador haya estimado como suficiente una prueba que no lo es a juicio del recurrente.» (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo I, número 3260)". (Casación, XXXIX, número 1883, febrero 2 de 1932).

460, 1ª

- 7—El sentenciador es soberano al apreciar la prueba testimonial cuando se trate de darle preferencia a unos testimonios sobre otros, y para desvirtuar ese concepto hay que demostrar error evidente en esa apreciación (1). (Casación, XXXIX, número 1883, febrero 10 de 1932).

469, 1ª

Págs.

APRECIACIÓN DE PRUEBAS. 8—En un juicio ordinario sobre pago de una suma de dinero confesada en un testamento, concluyó el Tribunal sentenciador, por medio de la prueba indicial, que la deuda había sido pagada. Se atacó la sentencia por error en la interpretación de la cláusula testamentaria en que se confesaba la deuda.

«Es oportuno citar la doctrina de la Corte en lo concerniente a las facultades que tienen los Tribunales para apreciar las pruebas y fijar el sentido de las cláusulas testamentarias: 'Si se alega por el recurrente en casación, mala apreciación del Tribunal de determinada prueba, la Corte no tiene necesidad de estudiar determinadamente el mérito legal de aquella prueba, si otras han obrado también en el ánimo del juzgador, cuya apreciación no está infirmada de un modo evidente en el proceso.' (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo I, número 3252). 'No puede casarse una sentencia por error de hecho en la apreciación de una prueba considerada aisladamente, si, por otra parte, en el fallo se hizo un cotejo de todas las probanzas utilizadas por las partes en el juicio y se apreciaron en conjunto, puestos enfrente unos de otros los datos ofrecidos en el pleito, y el Tribunal formó su juicio después de un análisis prolijo de todos los medios probatorios.' (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo I, número 3261). 'La interpretación del sentido de una cláusula testamentaria hecha por el Tribunal sentenciador, es punto de hecho que la Corte no puede variar sino en el caso de que sea absolutamente contraria a la evidencia.' (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo I, número 2050). 'El Tribunal es soberano cuando, siguiendo su propio criterio y aplicando las reglas de la crítica, interpreta una cláusula del testamento que sea dudosa.' (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo II, número 2529). El cargo, por tanto, es infundado.» (Casación, XXXIX, número 1884, marzo 3 de 1932).

531, 2ª

- 9—La Corte sólo puede variar la apreciación de pruebas hecha por el Tribunal cuando se funde en claros errores de hecho o de derecho. (Casación, XXXIX, número 1884, marzo 8 de 1932).

544, 1ª

- 10—Se alegaba por el recurrente que el Tribunal había apreciado erróneamente las posiciones absueltas por las demandadas en un juicio sobre resolución de un contrato por la pretendida falta de pago del precio.

«En respuesta a este cargo se observa, que es jurisprudencia constante de la Corte que 'en materia de pruebas es prerrogativa exclusiva del sentenciador el apreciarlas soberanamente: en ello entra como elemento

(1) Concordancias: números 544, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte,» 263, 273, 275, tomo 2º

Págs.

supremo su propio criterio, digno de especial respeto, al aplicar la ley. Sólo en caso de error evidente podrá ser modificado el fallo y revocada aquella apreciación.' (Casación de 16 de julio de 1908, *Gaceta Judicial* xxviii, 12, 2ª; Casación de 7 de diciembre de 1909, *Gaceta Judicial*, xxv, 495, 2ª), y como lo expuesto por el recurrente no deja establecido que es evidentemente errónea la apreciación hecha por el Tribunal de las respuestas dadas por las demandadas a las posiciones arriba transcritas, no hay lugar a casar el fallo recurrido por este motivo.» (Casación, xxxix, número 1883, febrero 15 de 1932). (1).....

474, 2ª

B

BALDÍOS. 11 — En la oposición a la adjudicación de unos baldíos, se alegó por el recurrente en demanda de casación contra la sentencia que decidió el juicio ordinario, que el Tribunal había violado los artículos 1.º de la Ley 61 de 1874, 1.º de la Ley 84 de 1882 y 1.º del Decreto número 832 de 1884. Dijo el autor del recurso que tales disposiciones establecían que lo que los cultivadores de baldíos adquirirían en virtud de ellas no eran débiles esperanzas, sino un derecho de propiedad incorporado en su patrimonio.

«Empero, las disposiciones de que se trata no se podían tomar aisladamente, o sea con prescindencia de otras que exigían la adjudicación por el Gobierno, o la posesión dada por una autoridad competente; han de ser entendidas, por tanto, en el sentido de que conferían al cultivador un derecho preferencial a la adjudicación, observando las prescripciones legales, derecho que para convertirse en derecho *in re* necesitaba de ciertas formalidades. Véanse los artículos 3º y siguientes del mencionado Decreto número 832. No prospera el cargo.» (Casación, xxxix, número 1881, agosto 31 de 1931) ...

258, 1ª

BANCOS. 12 — Demandó el Gerente de un Banco el pago de una suma de dinero al comprador de una casa que había aceptado la obligación de pagarle al Banco lo que le debía a éste el vendedor. Casó la Corte la sentencia del Tribunal, y al proferir la de instancia examinó la excepción propuesta por el demandado sobre ilegitimidad de la personería del actor, la cual basó en que no estaba probada la personería del nuevo Banco de Boyacá, que era la entidad actora, porque debió allegarse al proceso, en su concepto, el comprobante de la constitución del Banco, con la copia auténtica de la escritura de su fundación, debidamente registrada, y el extracto del Juzgado del Circuito donde se hubiera anotado. Decía el recurrente que no valía agregar que se presentó el certificado del Superintendente Bancario sobre el desempe-

Págs.

ño del cargo de Gerente por el actor, para cumplir el artículo 104 de la Ley 45 de 1923, que trata de establecimientos bancarios, porque ese certificado apenas probaba que el actor era gerente de una sociedad que bien pudo ser de hecho, es decir, que no estuviese constituida en legal forma.

«Observa la Corte que la Ley 45 de 1923, sobre establecimientos bancarios, es una ley especial que reglamentó la materia, y, por lo mismo, es de preferente aplicación a las generales que rigen las sociedades anónimas. El artículo 104 de esa Ley expresa que la certificación escrita del Superintendente Bancario, respecto de la persona que ejerza la gerencia de un banco en un momento dado, constituirá prueba suficiente de la personería del respectivo establecimiento o sucursal ante cualesquiera autoridades judiciales y administrativas. Lo que quiere decir que esa certificación demuestra, no sólo la calidad de Gerente del que ejerce ese cargo en un banco, sino la existencia misma de éste. Y esto se explica por las atribuciones que tiene el Superintendente Bancario y su intervención en la constitución y funcionamiento de los bancos. No prospera, pues, esta excepción.» (Casación, xxxi, número 1881, julio 31 de 1931).....

217, 2ª
y 218, 1ª

BIENES ADQUIRIDOS A TÍTULO ONEROSO DURANTE LA SOCIEDAD Y QUE POR EXCEPCIÓN NO PERTENECEN A ELLA. 13 — Ramón Hernández Rengifo casó en primeras nupcias con Gertrudis Lenis, y muerta ésta en 1885, casó al año siguiente con Carlota Quintero. Durante la existencia de la primera sociedad compró por escritura pública una finca raíz, pero la escritura no se registró sino en 1918. Seguidos los juicios de sucesión de Ramón Hernández y Gertrudis Lenis se incluyó como bien propio de la primera sociedad conyugal la finca comprada por éste y se partió entre los herederos del primer matrimonio. Los del segundo promovieron demanda ordinaria sobre nulidad y rescisión de la partición de los bienes, verificada en 1923. Contra la sentencia del Tribunal interpusieron los actores recurso de casación. La sentencia del Tribunal contiene estas consideraciones: «Conforme al artículo 756 del Código Civil, la tradición del dominio se efectúa, sin lugar a duda, por la inscripción del título, esto es, por el registro; pero es claro también que el registro no constituye el título, ni produce la virtud de arrebatarlo a quien lo tiene. Para que la tradición valga, dice el artículo 745 *ibidem*, se requiere un título traslativo, que no transfiere sino la *posesión efectiva*, de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc. De consiguiente, el registro o la inscripción del título traslativo de dominio, la da o transfiere a la persona que adquirió el dominio por medio del título. Así que en el presente caso, habiendo sido adquirido el dominio o propiedad del predio de *El Sauce*, cuando existía la sociedad conyugal Hernández-Lenis, y perteneciendo a la sociedad conyugal "todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso (ordinal 5.º del artículo 1781 del Código Civil), resulta in-

(1) Concordancias: número 554, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte,» 136, 263, tomo 2º

Págs.

cuestionable que la posesión efectiva la dio o transfirió el registro a quienes tenían el título traslativo de dominio, es decir, a los hijos del primer matrimonio, y no a la cónyuge e hijos del segundo matrimonio, pues éstos no habían adquirido el dominio por absoluta carencia de título. De aquí que si los últimos no habían adquirido el dominio, mal podía transferirse a ellos la posesión efectiva, que no es sino una consecuencia o efecto de aquel derecho.» Se alegó que se había violado el artículo 2674 del Código Civil.

«Para resolver considera la Corte que, conforme al artículo 1813 del Código Civil del Estado del Cauca, idéntico al 1792 del Nacional vigente, la especie adquirida durante la sociedad conyugal no pertenece a ella, aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella. Ahora bien: es evidente que la causa o título de la adquisición es el contrato de compraventa en el caso que se estudia, el cual se celebró por escritura pública durante la existencia de la primera sociedad conyugal, y si es verdad que la tradición del dominio no se verificó sino por el registro de la escritura, hecho durante la existencia de la segunda, esa tradición, sin el título, no tendría valor alguno; ella tiene que referirse a un título traslativo de dominio. De modo, pues, que si la causa o título de la adquisición de la finca de *El Sauce* fue anterior a la constitución de la sociedad conyugal Hernández-Quintero, ese fundo no entró a formar parte del haber de esta sociedad y, por lo mismo, no incurrió el Tribunal en los errores de hecho y de derecho y violaciones de la ley que se le atribuyen por haber considerado legal la partición que así lo dispuso.» (Casación, XXXIX, número 1881, octubre 24 de 1931). 299, 2ª

BIENES RAÍCES. 14—Camilo Castaño demandó en juicio de reivindicación de unas mejoras situadas en predios baldíos a Calixto Henao, ganando el pleito ante el Tribunal de Ibagué. En demanda de casación contra la sentencia se expuso como motivo el no haber tenido en cuenta el Tribunal un documento privado de venta de las mejoras por el actor a Henao y se dijo que la acción pertinente debió ser la que señala el artículo 1546 del Código Civil.

«El Tribunal si tuvo en cuenta el convenio privado que hubo entre Castaño y Henao, en virtud del cual aquél entregó a éste y a Crisanto Henao las mejoras con determinadas condiciones. De esto habla al referirse al punto f) de la demanda, que versa sobre la mala fe atribuida al demandado; pero agrega que el pacto debía perfeccionarse por instrumento público. Tratándose de una venta de mejoras en un inmueble, que son bie-

Págs.

nes raíces, era necesario efectuarla por escritura pública, de conformidad con el artículo 1857, inciso 2º, del Código Civil. Parece que lo que hubo entre las partes fue una promesa de venta, y a los autos no se trajo el documento respectivo. De suerte que, no probada la promesa, ni el otorgamiento de la escritura de venta, pudo estimar el Tribunal que las mejoras, aunque entregadas materialmente a Henao, no habían salido del dominio de Castaño. La Corte no halla injurídica esta conclusión, apoyada en el susodicho artículo del Código Civil, y por tanto, deduce que no hubo quebrantamiento por inaplicación de los artículos 1546, 1602, 1603, 1608, 1609 y 1610 de la misma obra, que se refieren a obligaciones contractuales, supuesto que no hubo contrato de compraventa de las mejoras, ni por aplicación de los artículos citados referentes a la acción reivindicatoria.» (1). (Casación, XXXIX, número 1880, junio 24 de 1931)..... 150, 1ª

BIENES RAÍCES. 15—Entre las cuatro demandas ordinarias que contra Daniel Nieves Polo establecieron ante el Juez de Lorica Alejandro Anaya y otros, se halló la que reivindicó para la sucesión de Daniel Nieves Chupín «la porción de cultivos de yerba del Pará que constituye el potrero o finca de paja nombrado *Bijao*....» El Tribunal de Cartagena decretó la reivindicación considerando que esos cultivos o yerbas, como dice la demanda, eran bienes muebles y que se podía probar el dominio de ellos sin necesidad de título inscrito.

«Considera la Corte que esta Superioridad tiene fijado el alcance de estas disposiciones en sentencia de 28 de mayo de 1925, publicada en la *Gaceta Judicial* (tomo 31, página 247). Se dijo allí: 'La Corte estima que en verdad el Tribunal erró, respecto del caso contemplado, en la interpretación del artículo 1857, en su inciso 3º, porque los objetos de que se trata en esa disposición, o sean los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, las sustancias minerales, etc., son aquellos que, conforme al artículo 659 del Código citado, son productos de los inmuebles, y por lo mismo destinados a ser separados de ellos para su utilización. Los materiales de un edificio que va a derribarse, también quedarán definitivamente separados del suelo, y por lo mismo pueden considerarse anticipadamente como muebles; pero un potrero de pasto permanente, el cual está vinculado a la tierra que lo sustenta, de tal modo que no puede separarse de ella sin desaparecer, no está en el mismo caso,

(1) Concordancias: número 1503, tomo 1.º, «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

y es bien raíz, de acuerdo con lo que dispone el artículo 657 del Código Civil. Las yerbas de un campo, de que trata el artículo 659 del Código Civil, se reputan muebles aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre ellas; de modo que se trata de aquellas yerbas que pueden separarse de la tierra, para ser utilizadas independientemente de ella. Ahora, en el caso presente es claro que no tratándose de pastos de corte, sino de yerbas, que necesariamente tienen que ser utilizadas adheridas al suelo, para el apacentamiento de los ganados, esto es, tratándose de pastos permanentes, indudablemente los cultivos materia del pleito, son un bien raíz, y no puede probarse su dominio con documento privado y con declaraciones de testigos, opuestas a escrituras públicas registradas. Hubo, pues, en la sentencia, errónea interpretación de los artículos 659 y 1857, inciso 3.º del Código Civil, y fueron quebrantados los artículos 946 y 950 del mismo Código, por haber declarado la reivindicación en favor de quien no ha demostrado la propiedad de la cosa materia del pleito.» (1). (Casación, XXXIX, número 1879, mayo 28 de 1931)..... 58, 1ª.

BONOS DEL TRES POR CIENTO. 16—Fue demandada la Nación para que se le reconociesen y pagasen al actor unos bonos del tres por ciento. La Corte acoge la sentencia del Tribunal de Bogotá como fundamento de su fallo, la cual, en lo sustancial, dice así:

«Los bonos flotantes del tres por ciento anual son unos papeles de crédito público que, sobre la firma del Secretario del Tesoro y Crédito Nacional, del Tesorero General y del Secretario de la Junta, en unos; del Director del Crédito Nacional, en otros, o del Jefe de la Sección 2ª del Ministerio del Tesoro en los últimos, llevan el siguiente reconocimiento: 'Los Estados Unidos de Colombia reconocen al portador, como deuda flotante, la suma de (tantos pesos), que gana el interés del 3 por 100 anual, desde el 1º de marzo de 1862...' No hay duda de la legitimidad de la emisión de estos papeles, y por consiguiente de la legitimidad de la deuda que ellos comprueban. Ellas resultan del Decreto del 9 de septiembre de 1861, de las Leyes 47 de 1867, 70 de 1871, 60 de 1872, artículos 2092, 2094, 2096, 2138 y 2164 del Código Fiscal de 1873; Ley 87 de 1886, Ley 124 de 1887, Ley 96 de 1890 y el artículo 1º de las disposiciones transitorias del Código Fiscal de 1912 (Ley 110). La Sala de Negocios Generales de la Corte decidió,

Págs.

en sentencias del 9 de octubre de 1914 y 25 de abril de 1922, que no es necesario que tales bonos estén firmados por el Secretario de Hacienda para que sean legítimos. En las dos sentencias citadas, la Corte Suprema resolvió que para la vigencia de los bonos flotantes del 3 por 100 no es necesario que se acredite que fueron registrados dentro de los plazos señalados por las Leyes 70 de 1871 y 60 de 1872, ni que el sello lleve la firma del Director del Crédito Nacional.. Los tenedores de bonos flotantes conservan sus créditos contra la Nación, si bien ella no los tenga apuntados en sus libros, y por eso no figura en los presupuestos la partida necesaria para cubrirlos. La eliminación del saldo de la cuenta querrá decir que en sus cálculos de entradas y gastos la Nación ya no tiene en cuenta los bonos flotantes, pero de ahí no puede deducirse que esos papeles hayan perdido su valor y que el crédito que comprueban se haya extinguido.» (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XXXIX, número 1879, mayo 19 de 1931).....

92, 1ª
y 2ª,
95, 1ª

BUENA FE. 17—En el juicio de sucesión de Juan N. Rodríguez se inventarió una casa que se halló en poder de las señoritas Virginia, Ana Dolores y María Virginia Ruiz; su apoderado se opuso a que se incluyera en los inventarios, por lo cual la inventarió el Juez en poder de los terceros poseedores. Seguido el juicio de sucesión se les expidieron hijuelas a Juan Francisco Rodríguez y Eduardo Plata, quienes despojaron de su posesión a aquéllas, las cuales, con títulos anteriores a los de Rodríguez y Plata, reivindicaron de éstos la casa, ganando el pleito. En demanda de casación contra la sentencia del Tribunal que al condenar a los demandados les consideró como poseedores de buena fe, acusaron las actoras la sentencia por violación, a causa de mala interpretación, de los artículos 764 y 765 del Código Civil, en cuanto ellas contradijeron la buena fe con que hubieran poseído la casa los demandados después de la adjudicación.

«Es evidente, según aparece de la diligencia de inventarios de la sucesión de Juan N. Rodríguez N., de fecha 7 de mayo de 1919, que a tiempo de inventariar la mencionada casa número 54, las demandantes, por medio de su apoderado, se opusieron a que se incluyera en los inventarios; los interesados denunciando se opusieron a esta pretensión, y el Juez decidió que se incluyera como bien en poder de terceros. Es cierto también que en las hijuelas expedidas a los demandados quedó incluida la narración del anterior incidente, por mandato del Juez en la sentencia aprobatoria de la partición, que dice: '3º Entréguese a cada uno de los partícipes la parte de bienes que les haya correspondido, observando la salvedad he-

(1) Véase el número 379, tomo 3º, «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

cha en las hijuelas, respecto de los bienes que quedaron en manos de terceros.' En estas condiciones, la entrega del bien a los adjudicatarios no podía hacerse sino en la forma descrita por el artículo 253 de la Ley 105 de 1890, a saber: por el Juez, y mediante la comprobación sumaria de que pertenece a la herencia y oído el tenedor de él. Si éste se denegare a entregarlo, alegando razón legal suficiente, no se renovará la orden de entrega mientras no se decida el punto judicialmente. Basta lo dicho para demostrar que la tenencia de la casa obtenida por los demandados por disposición del agente de arrendamientos a quien estaba consignada por las demandantes, en cuyo poder la había dejado el Juez, no podía constituir entrega legal que, a pesar de un título justo, les confiriese la calidad de poseedores de buena fe. Y se afirma porque en la hijuela, su título propio, estaba expresado claramente que la entrega debía hacerse observando las formalidades que la ley requiere respecto de los bienes que se inventarían dejándolos en poder de terceros. El cargo es fundado, y da lugar a la casación parcial de la sentencia.» (Casación, XXXIX, número 1880, junio 30 de 1931)... 161, 2ª y 162, 1ª

BUENA FE. 18—Unos menores demandaron en juicio de reivindicación, que ganaron ante el Tribunal, al Municipio de Medellín. Contra la sentencia de éste recurrió en casación el Municipio, alegando violación de los artículos 764, 769, 770 y 965 del Código Civil y explicando así el cargo: el Tribunal al referirse a la restitución de los frutos, dice que la falta de título por parte del Municipio lo constituye poseedor de mala fe; y esta aseveración quebranta el artículo 769, conforme al cual la buena fe se presume, y el artículo 764, que establece que el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular, es decir, sin justo título, lo que corrobora el artículo 770. La sentencia desconoce y contradice la presunción legal de buena fe en el poseedor, y tal hace por la falta de título, siendo así que, por el contrario, los mentados artículos 764 y 770, puestos en relación, reconocen que el poseedor sin título, que es irregular, puede perfectamente ser poseedor de buena fe.

«Se observa: Es indudable la aserción absoluta de que la falta de título en el poseedor arguye mala fe; y si la buena fe se presume y el poseedor irregular (y así hay que calificar a quien posee sin título) puede ser de buena fe, con arreglo a los citados artículos 764, 769 y 770 del Código Civil, no es dable sostener que el Municipio de Medellín es poseedor de mala fe por el mero motivo de carecer de título. Habría sido preciso que en virtud de pruebas aducidas en el proceso, quedara desvanecida la presunción de buena fe, o, en otros términos, demostrada la malicia de la

Págs.

entidad demandada al obrar como obró, y el sentenciador no citó esas pruebas, sino que se limitó a decir que 'la falta de título por parte del Municipio lo constituye poseedor de mala fe.' Adviértase que es operación ardua para el criterio del juzgador el calificar en cada caso la buena o la mala fe, y por lo mismo, no ha de llegarse a la conclusión rigurosa sin pruebas suficientes que destruyan la presunción legal de la buena fe. Ha dicho la Corte: "Si muy difícil es para cualquiera poder apreciar la buena o la mala fe con que otro haya procedido en determinado caso, mucho más difícil y grave es para el juzgador hacer una apreciación rotunda en asunto tan delicado, que pertenece al fuero interno, y desprender de ella un fallo absolutorio o condenatorio, que puede resultar injusto. De aquí que, siguiendo los principios generales sobre benévola aplicación de la ley penal en caso de duda, y teniendo en cuenta la calidad de la persona, su buena conducta y antecedentes, acojan los jueces la disposición menos rigurosa para la condenación al pago de frutos." (Casación de 30 de septiembre de 1924, tomo XXXI de la *Gaceta Judicial*). Por lo dicho estima la Corte que el sentenciador incurrió en la infracción legal que se acusa en el presente motivo y que es procedente casar esta parte del fallo; y para resolver en instancia, bastará acceder a la petición cuarta de la demanda, en la cual se considera al Municipio como poseedor de buena fe (artículo 964, inciso 3º, del Código Civil). Casación, XXXIX, número 1880, julio 16 de 1931). 185, 1ª y 2ª (1).

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. 19—El artículo 54 de la Ley 105 de 1890 no exige para evitar la caducidad de la instancia que el demandante haga gestiones *necesarias*, sino gestiones *propias*, es decir, adecuadas o a propósito, para adelantar el juicio y sacarlo, en una palabra, del estado de paralización en que llegue a encontrarse. Si se pretendiese que el actor sólo está obligado a hacer las peticiones estrictamente necesarias, no habría nunca o casi nunca lugar a decretar la caducidad, aunque el actor abandonara el juicio por muchos años, pues siempre podría alegarse que el adelantamiento del proceso dependía de una actividad del Secretario o de una providencia del Juez, dado que éste tiene

(1) Concordancia: número 393, tomo 3.º, «Jurisprudencia de la Corte». En una doctrina anterior había dicho la Corte que para que el poseedor pueda ser reputado de buena fe se requiere necesariamente la existencia de un título constitutivo o traslativo de dominio, como puede verse en el número 457 del tomo 1º de la «Jurisprudencia» de la misma. Con esta doctrina está acorde la «Jurisprudencia de los Tribunales», número 748, tomo 1º

Págs.

obligación de adelantarlo de oficio, según lo prescrito en el artículo 495 del Código Judicial (1). Abrir la causa a prueba, conferir traslado para alegar, señalar día para una diligencia, citar para sentencia, son cosas cuya petición no es indispensable por lo que va dicho ya de que el Juez debe hacerlo de oficio, *pero sí es una petición propia* para que el juicio avance, para que no continúe detenido. Es que el actor, obligado como está a continuar el juicio que ha promovido, debe lógicamente obrar hasta contra la incuria misma de los funcionarios ante quienes actúa. Para eso tiene plazo hasta de un año, que no es poco plazo para cumplir esa obligación. Además, la Corte tiene ya jurisprudencia sobre el particular, como aparece del siguiente extracto de la sentencia de ocho (8) de abril de mil novecientos veinticuatro (1924), que trae la *Jurisprudencia de la Corte*, tomo 3.º, página 831, número 3625: "La sanción de caducidad de la instancia por abandono del actor (artículo 54 de la Ley 105 de 1890), puede aplicarse, o mejor dicho, puede ocurrir en cualquier *estado del juicio*, y el Juez la dicta de plano en virtud del informe del Secretario. La ley no hace ni podía hacer distinción al respecto porque los preceptos legales que determinan la actuación que compete al Juez en cada momento del juicio, se refiere a la dirección y marcha del proceso, y no excluyen las actividades de las partes, pues de lo contrario, habiendo en cada momento del juicio un período próximo del que debe determinarse por un acto del Juez, quedarían las partes libres de sanción por su descuido en impulsar los juicios." (Auto, Sala de Negocios Generales, xxxix, número 1883, junio 5 de 1931).....

524, 1ª y 2ª

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. 20 - No es aplicable esta sanción en los juicios de deslinde o apeo en que no haya contradicción—Se reclamaba contra el auto de la Sala de Negocios Generales de la Corte, por el cual confirmó el del Tribunal de Cartagena que había declarado la caducidad de la instancia en juicio de deslinde.

«La otra objeción del apelante, o sea la de que el juicio de deslinde o apeo es de jurisdicción voluntaria y por ello no puede aplicársele la sanción de caducidad, es punto que la Sala pasa nuevamente a examinar. El artículo 29 de la Ley 100 de 1892 disponía que la referida sanción era inaplicable 'a los juicios de sucesión y de partición de bienes comunes, y en general, a los que se siguen con simple jurisdicción voluntaria....' La cuestión, por tanto, se reduce a determinar si el de deslinde o apeo perte-

Págs.

nece o nó a la jurisdicción nombrada. Un nuevo y detenido estudio sobre la materia hace que la Sala se pronuncie por la afirmativa, rectificando así el concepto emitido en el auto reclamado. De acuerdo con el artículo 147 del Código Judicial anterior, aplicable por ministerio del 1228 del vigente, jurisdicción voluntaria es la que se ejerce en asuntos que requieren una decisión judicial, pero que no constituyen controversia, a diferencia de la contenciosa, que es aquella en que hay contradicción o controversia que se decide por una sentencia. En el juicio especial de deslinde, el Juez realiza un acto jurídico, o sea el señalamiento de la línea que separa dos o más predios colindantes entre sí, en virtud del derecho que a sus dueños otorga el artículo 900 del Código Civil. Allí el Juez no condena a una de las partes o absuelve a la otra, que es la característica de las decisiones con que finaliza un asunto contencioso. Si alguno de los interesados objeta la línea señalada o la demanda misma de deslinde (punto a que en esta actuación no se ha llegado todavía), entonces se plantea una verdadera controversia que la justicia ha de soltar en fallo que produce la cosa juzgada. Así se desprende de lo prescrito en el artículo 272 de la Ley 105 de 1890, conforme al cual si hubiere contradicción por parte de alguno de los interesados, ya respecto del deslinde practicado, o ya respecto de la demanda misma de deslinde, el punto se ventilará en juicio ordinario, en que el contradictor se considerará como demandante sin perjuicio de que el deslinde practicado se apruebe y lleve a efecto en los términos del artículo 1312 del Código Judicial, en la parte que de él *no haya sido contra dicha u objetada*. De todo lo cual se sigue que el deslinde o apeo no envuelve una cuestión contenciosa, en el sentido propio de la palabra, porque la que puede surgir de la oposición a la línea que se trace o a la demanda misma, debe ventilarse y decidirse en el juicio —ese sí contradictorio— que prevé la disposición antes transcrita. Es verdad que en el juicio de deslinde se pueden oponer excepciones dilatorias, pero esto no es bastante para graduarlo de asunto contencioso. En el juicio de partición de bienes comunes puede el demandado oponerse a la demanda, y sin embargo, el mismo artículo 29 de la Ley 100 de 1892 lo pone al abrigo de la caducidad de la instancia. Es porque si alguno se oponía, el juicio ordinario que con él debía seguirse (Código Judicial anterior, artículo 1297), ya no era sobre división de la cosa, sino sobre si había o nó lugar a efectuarla. Lo ex-

(1) Artículo 348 del nuevo Código Judicial.

Págs.

puesto es suficiente para concluir que al juicio de apeo, por ser de simple jurisdicción voluntaria, no puede aplicarse la sanción de la caducidad de la instancia....» (Auto. Sala de Negocios Generales, XXXIX, número 1883, julio 25 de 1932) 525, 2ª, y 526, 1ª

CANCELACIÓN DE TÍTULOS COMO CONSECUENCIA DE SU DECLARACIÓN DE NULIDAD. 21—Se alegó que no conteniendo el libelo ninguna petición sobre cancelación de los títulos cuya nulidad se había demandado, había incongruencia manifiesta entre la demanda y la sentencia.

«Observa la Corte que habiéndose declarado la nulidad en parte de los contratos contenidos en las escrituras ya mencionadas, en esa parte quedan sin valor legal tales instrumentos, y su cancelación se impone como consecuencia necesaria de ese hecho, de manera que aunque no se haya demandado la orden de cancelación de las escrituras y de sus registros, que como se ha dicho carecen de eficacia por virtud de la declaración de nulidad de los contratos contenidos en ellas, la sentencia que tal cancelación ordena no agrega nada de sustancia en el pleito. Llena una formalidad que se desprende de los efectos del fallo, y hace una declaración que va envuelta en la de nulidad.» (Casación, XXXIX, número 1883, diciembre 17 de 1931) 449, 1ª

CASACIÓN. 22—Se pidió la declaración de que una casa estaba sujeta a la servidumbre de desagüe en favor de otra y que el dueño de aquella debía pagar al actor los perjuicios por haber dañado las cañerías de desagüe y por el levantamiento a gran altura de una pared medianera. Contra la sentencia que absolvió al demandado recurrió en casación el actor diciendo que el Tribunal había dejado de resolver las pretensiones oportunamente deducidas por la parte actora y que indirectamente había violado la ley sustantiva dejando de aplicarla al caso del pleito y, con ello, terminantes disposiciones del Código Civil.

«Se observa: Entre los requisitos que debe contener la demanda de casación, conforme al artículo 9º de la Ley 90 de 1920, figura el que se indique o señale cuál ha sido la ley violada por el fallo acusado, y cuál la aplicable al caso del pleito. Respecto de la causal primera que se considera, y en cuanto se ataca la sentencia por no haber hecho el Tribunal las declaraciones primera, segunda y sexta de la demanda, no cita el autor del recurso en el capítulo respectivo de su alegato, disposición legal alguna que el Tribunal hubiera violado, pues se limitó a decir que el fallo violó indirectamente terminantes disposiciones del Código Civil, y por ello debe infirmarse el fallo, lo que no es suficiente, al tenor de la disposición antes citada y la jurisprudencia sentada por esta Corporación. (Véase *Gaceta*

Págs.

Judicial, número 1833.» Casación, XXXIX, número 1882, noviembre 18 de 1931) 344, 1ª

CASACIÓN. 23—No habiéndose hecho uso de determinado recurso legal durante las instancias del juicio, no puede ejercitarse en casación porque sería un medio nuevo y, por tanto, inadmisibles—Así lo resolvió la Corte en un juicio ordinario sobre rendición de cuentas, en el cual objetó el opositor del recurrente que habiendo aceptado la mayoría de las cuentas el demandante, aunque presentadas en papel común, no podía alegar en casación que no se habían presentado en papel sellado, pues en las instancias del juicio no hizo uso de ese recurso.

«Muy fundada es esta objeción, dice la Corte, puesto que si el cargo prosperara, quedaría anulada la aceptación que de la mayor parte de las partidas hizo la misma parte recurrente al contestar el traslado de las cuentas, formulando las objeciones que han sido materia de la litis, quedando fuera de ellas la comprobación de las otras partidas expresamente aceptadas por el demandante. Si la parte recurrente creyendo, como cree, que las cuentas debieron ser presentadas en papel sellado, no las tachó por ese motivo en ninguna de las instancias del juicio, sino que, al contrario, las dio por bien presentadas, puesto que las tomó en consideración y aceptó la mayor parte de las partidas sentadas en ellas, no puede venir ahora a acusar la sentencia por ese motivo, porque ello constituye un medio nuevo, inadmisibles en este recurso.» (Casación, XXXIX, número 1883, febrero 15 de 1932) 478, 1ª

— 24—El grado de convicción que hayan podido producir los indicios en el ánimo del sentenciador, es asunto que escapa a la casación. (Casación, XXXIX, número 1880, junio 22 de 1931) 139, 2ª

— 25—El hecho de apartarse un Tribunal de las doctrinas de la Corte no puede alegarse como motivo de casación de una sentencia, ora porque tal cosa no está reconocida como causal de casación, ora porque no son obligatorias para los Tribunales ni los Jueces las doctrinas de la Corte. (Casación, XXXIX, número 1884, abril 4 de 1932) 574, 1ª

— 26—Alegaba la parte opositora de la recurrente que la demanda de casación no se acomodaba a lo ordenado por el artículo 9º de la Ley 90 de 1920, porque no se habían expresado en capítulos separados y con precisión y claridad cada uno de los motivos de casación alegados, y que no se habían enumerado.

«Se observa: Es verdad que no aparecen señalados por capítulos enumerados las causales de casación; pero ello no quiere decir que la demanda no sea admisible, porque aparecen separadas con claridad y precisión las causales; se resumen brevemente los conceptos del Tribunal que moti-

Págs.

van los cargos, con indicación de los motivos de hecho y de derecho las pruebas que respecto de la causal primera se juzgan mal apreciadas, lo mismo que las disposiciones legales que se estiman quebrantadas; luego la demanda es admisible.» (Casación, xxxix, número 1881, octubre 30 de 1931).....

303, 1ª

CASACIÓN. 27—Se instauró una demanda de casación contra una sentencia de Tribunal sin especificar los motivos en que se basaban los cargos y el concepto en que hubiera sido violada la ley sustantiva.

«La demanda de casación debe ser precisa y concreta en las causales en que se funda; quien formula una demanda de casación—tiene dicho la Corte—debe ajustarse a las reglas que para el efecto tiene determinadas la ley de manera estricta, porque así lo requiere la naturaleza de este recurso.» (1) (Casación, xxxix, número 1884, marzo 30 de 1932) ...

560, 2ª

— 28—No puede ser materia de investigación ante la Corte errores distintos de los acusados, porque el remedio extraordinario de la casación es de carácter estricto y taxativo. (Casación, xxxix, número 1884, abril 18 de 1932)

594, 2ª

— 29—Estatuye el artículo 12 de la Ley 90 de 1920, que no ha de invalidarse el fallo del Tribunal si la Corte llega a las mismas conclusiones del inferior por razones diferentes, las cuales debe expresar en el cuerpo de la sentencia. (Casación, xxxix, número 1879, marzo 27 de 1931)

7, 2ª

— 30—Como causal de casación se alegó en un juicio de reivindicación por el actor que perdió el pleito, la cuarta que reconocía el artículo 2.º de la Ley 169 de 1896, o sea incompetencia de jurisdicción improrrogable en el Tribunal sentenciador, y se hacía consistir en que el demandado apeló de la sentencia de primer grado por medio de un memorial telegráfico que no se extendió en papel competente, y que como tal apelación estuvo mal concedida, el Tribunal no adquirió jurisdicción.

«.... Hay que notar que las irregularidades que se cometan en las secuelas de los juicios han de subsanarse en las instancias, pero no en casación.» (2) (Casación, xxxix, número 1880, junio 1º de 1931).....

121, 2ª

— 31—Delfin Mendoza demandó a Saad M. Mor para el pago de una suma de dinero en que estimó los perjuicios que dice se le ocasionaron por el demandado con el hecho de haberle privado de un automóvil. Condenado el demandado en primera instancia, fue absuelto por el Tribunal. Contra este fallo re-

Págs.

cúrrió en casación el actor acusando la sentencia de violación del capítulo 3.º, Título 34, del Libro IV del Código Civil.

«Adolece el alegato de casación de quebrantamiento de las normas legales que respecto del recurrente tiene establecidas la Ley 90 de 1920. En primer lugar, no es lícito, según lo tiene declarado la Corte en varias ocasiones, invocar como motivo de casación la violación de todo un título o capítulo del Código, en que supone el recurrente que está incluida la disposición que considera infringida, sino que es necesario que ésta se individualice por el recurrente, pues de otra suerte la casación no puede prosperar. *Gaceta Judicial*, xxxi, 303.» (1) (Casación, xxxix, número 1879, mayo 26 de 1931).....

43, 2ª y
44, 1ª

CASACIÓN. 32—En un juicio de reivindicación de unas mejoras situadas en terrenos baldíos que ganó el actor, alegó el recurrente en casación que el Tribunal no había tenido en cuenta el carácter transitorio de las mejoras en terrenos baldíos y que ellas en todo caso acceden al terreno y se pierden si se deja ocupar la tierra por cuatro años; que en tales condiciones habían sido violadas las Leyes 61 de 1874 y 48 de 1882.

«No expresa el recurrente los artículos precisos de estas leyes, cuya transgresión acusa, pues para los efectos de la casación no basta citar en general un Código o una ley. Véase el número 531 del tomo 3º de la *Jurisprudencia de la Corte*.» (Casación, xxxix, número 1880, junio 24 de 1931).....

151, 1ª

— 33—No hay causal segunda de casación, esto es, incongruencia entre lo pedido y lo fallado, cuando se resuelven de una o de otra manera en la sentencia las peticiones de la demanda y las excepciones propuestas. Si hubo errores que condujeron a fallar en contra de la verdad de los hechos o de las prescripciones del derecho, eso es materia de la causal primera de casación (2). (Casación, xxxix, número 1881, septiembre 12 de 1931)...

276, 1ª

— 34—Es jurisprudencia constante de la Corte que "cuando se alega en casación mala apreciación de determinada prueba, ha de señalarse forzosamente la disposición legal infringida a causa de los errores de hecho o de derecho sufridos en esa mala apreciación, porque ésta no constituye una causal de casación separada y especial, sino un simple motivo de la causal primera, consistente en violación de la ley sustantiva." (Casación de 4 de febrero de 1924, *Gaceta Judi-*

(1) Concordancias: números 517, 603, tomo 1º, de la «Jurisprudencia de la Corte», 251, 331, tomo 2.º, números 446, 458, 463, 499, tomo 3º

(2) Cita la Corte la doctrina de casación de 29 de octubre, «Gaceta Judicial», tomo xxix, página 73, 2ª

(1) Concordancias: números 268, 275, tomo 2º, «Jurisprudencia de la Corte», 458, 499, 518, 531, tomo 3º Acorde con esta doctrina está la «Jurisprudencia de los Tribunales», número 1521, tomo 1.º

(2) Artículo 2º, Ley 169 de 1896, hoy artículo 520 del nuevo Código Judicial.

- cial*, xxx, 257, 2ª (1) (Casación, xxxix, número 1883, febrero 15 de 1932).... 474, 2ª
- CASACIÓN. 35—Cuando ningún reparo concreto se le hace al fallo y no se cita ninguna disposición como violada, ni se ataca por errores de hecho o de derecho, no hay materia para que la Corte éntre a responder cosa alguna. (Casación, xxxix, número 1880, junio 5 de 1921)..... 124, 1ª
- 36—En juicio sobre nulidad de un convenio se alegaba en el recurso de casación que el Tribunal había conceptuado que no podía darse por probado el convenio por no estar registrada la escritura que aludía a él. La Corte dijo que para nada había influido ese concepto en la parte resolutive de la sentencia, y dijo:
- «Desde há mucho tiempo, con harta frecuencia, viene repitiendo la Corte que 'la sentencia de los fallos judiciales está en la parte resolutive de ellos, en la decisión que define y reconoce los derechos materia de la controversia y no en las consideraciones de la sentencia tomadas aisladamente'; y que 'los conceptos erróneos en que incurra el Tribunal en la parte considerativa de una sentencia, no basta a infirmarla en casación, si tales conceptos no fueron los que determinaron el fallo, y éste, por otra parte, es legal.' (Casación de 26 de octubre de 1910, *Gaceta Judicial*, xix, 164, 1ª; y casación de 11 de diciembre de 1907, *Gaceta Judicial*, xviii, 218, 1ª). El cargo carece de fundamento.» (2) (Casación, xxxix, número 1883, febrero 18 de 1932)..... 483, 1ª
- 37—En demanda de casación contra la sentencia que condenó a Roberto Duque al tenor de lo pedido por María de Jesús Duque en juicio de reivindicación, se alegó la ilegitimidad de personería de la parte actora, porque se aseveró que el poder que ésta había conferido a otro no lo autorizaba debidamente para la demanda intentada.
- «Se observa: Por el contexto de la acusación se cae en la cuenta de que ella se refiere a una cuestión adjetiva o procedimental, cual es la suficiencia o insuficiencia del poder con que León promovió el actual juicio; y cuestiones de esta índole escapan al recurso de casación, según conocida doctrina de la Corte.» (3) (Casación, xxxix, número 1879, mayo 13 de 1931)..... 39, 1ª
- 38—Fue acusada una sentencia de violación del artículo 1546 del Código Civil en cuanto no decretó la resolución de un contrato de compraventa por la pretendida falta de pago del precio, pero sin indicar el concepto en que hubiera sido violada la disposición.

(1) Concordancias: número 463, tomo 3.º, «Jurisprudencia de la Corte.»

(2) Concordancias: números 3702, 3705, 503, 516, tomo 1.º, «Jurisprudencia de la Corte, 280, 304, tomo 2º»

(3) Concordancias: números 505, tomo 1.º, «Jurisprudencia de la Corte,» 435, tomo 3.º

- «No señala el recurrente los conceptos del Tribunal que motivan este cargo, ni en qué concepto ha sido violada la disposición indicada por él, requisito indispensable, por exigirlo así las disposiciones que precisan, rigurosamente, las normas a que ha de atemperarse este recurso extraordinario, y porque sin tal señalamiento es imposible hallar—en casos como el presente—en dónde está el concepto del juzgador que en sentir del recurrente menoscaba el principio que consagra la referida disposición, ni en qué consiste, a su vez, ese antagonismo.» (1) (Casación, xxxix, número 1883, febrero 15 de 1932)..... 473, 1ª
- CASACIÓN. 39—En un juicio sobre oposición a la adjudicación de una mina que ganaron ante el Tribunal los opositores, arguyó el denunciante y recurrente en casación que se habían violado los artículos 260 y 269 del antiguo Código Judicial, porque el Tribunal había acogido dos oposiciones provenientes de personas distintas, no relacionadas por vínculo jurídico alguno que les permitiese obrar conjuntamente y se les había considerado como una sola oposición.
- «No es eficaz el cargo, porque la violación acusada se refiere a disposiciones legales esencialmente procedimentales, sin carácter alguno sustantivo.» (2) (Casación, xxxix, número 1880, junio 23 de 1931) 136, 1ª
- 40—Cuando se encuentra justificado un motivo de casación comprensivo de todo el fallo, no hay necesidad de examinar los restantes motivos (3). (Casación, xxxix, número 1879, abril 30 de 1931)..... 21, 1ª
- 41—Se alegó en un recurso de casación el quebrantamiento del artículo 837 del antiguo Código Judicial, en cuanto se dijo que el Tribunal no tuvo en cuenta que el objeto de los procedimientos judiciales es el de que la sentencia sea conforme con la verdad de los hechos y con la ley sustantiva en el derecho.
- «Sobre este punto ha dicho la Corte: 'La transgresión del artículo 837 del Código Judicial no puede servir en sí misma para fundar una causal de casación. Porque si se sostiene que una sentencia no está conforme con la verdad de los hechos y con la ley sustantiva en el derecho, es porque se afirma, o que en ella se han cometido errores al apreciar las pruebas, o que en ella se han infringido una o varias disposiciones legales sustantivas, y por consiguiente hay necesidad de hacer patentes dichos errores en el primer caso, e indicar cuáles son las disposiciones legales infringidas y el concepto en que lo hayan sido en el

(1) Concordancias: números 251, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte,» 295, tomo 2.º, 463, 499, tomo 3.º

(2) Concordancia: número 505, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte.»

(3) Artículo 11, Ley 90 de 1920,

Págs.

segundo.' (Casación de 10 de agosto de 1922, xxix, 234, 2ª)» (Casación xxxix, número 1879, mayo 28 de 1931) 49, 1ª

CASACIÓN. 42—En un juicio ordinario sobre petición de dominio y reivindicación de unos bienes raíces propuesto por el Hospital de Caridad de San Juan de Dios contra varias personas y en el cual, no obstante haber prosperado las acciones principales, no se reconoció a los demandados como poseedores de mala fe, ni se decretó la entrega de las fincas reivindicadas libres de todo gravamen, se alegó la segunda causal de casación contra la sentencia del Tribunal, por la no condena- ción a todos los extremos del libelo.

«Es doctrina constante de la Corte que este motivo de casación no ocurre cuando se falla contra las pretensiones del demandante, que es el caso contemplado; este cargo, referente a la segunda causal (1), carece de fundamento.» (Casación, xxxix, número 1879, abril 25 de 1931) 15, 1ª

— 43. En casación no es admisible una acusación global, fundada en que el Tribunal desechó «todas las pruebas del proceso,» pues a ello se opone el artículo 9º de la Ley 90 de 1920, que preceptúa: «se determinarán una a una las pruebas mal apreciadas.» (Casación, xxxix, número 1882, noviembre 23 de 1931) 356, 2ª

— 44—Se alegó en demanda de casación de la sentencia de un Tribunal que confirmó la de primera instancia en cuanto accedía a todas las peticiones del actor sobre impugnación de la maternidad de un pretendido hijo legítimo, que habían sido violados los artículos 587 y 590 del antiguo Código Judicial.

«Se considera: está plenamente probado con la partida de bautismo de Bárbara Múnera, que ésta fue bautizada el 9 de junio de 1866, y que, por consiguiente, tenía cincuenta años en el mes de agosto de 1916, fecha en que nació el demandado José Marcos Correa, según lo indica la partida de bautismo de éste, de lo cual dedujo el Tribunal la posibilidad de que ya para este tiempo la expresada señora fuera estéril, y que, por consiguiente, no sea ella la madre de dicho demandado. La apreciación que de ese hecho hizo el Tribunal, considerándolo como indicio o base para conjeturar en pro del hecho controvertido, no puede tacharse de violación del artículo 587 del Código Judicial, ni es procedente el cargo por error de derecho fundado en que la sentencia está en des- acuerdo con los conceptos científicos de determinado tratadista... Tam- poco halla la Corte justificada la acu- sación en lo referente al artículo 590 del mismo Código, con relación a la prueba a que este cargo se concreta, toda vez que el fallo no se funda en

Págs.

ese solo indicio o conjetura, sino en diversos indicios claramente detalla- dos en su parte motiva; y, a este res- pecto, conviene repetir lo que varias ocasiones ha dicho la Corte: 'cuando los indicios no son necesarios, el gra- do de fuerza y su relación más o me- nos estrecha con el hecho que se trata de demostrar, son materia de una apreciación inductiva del juzgador, que escapa a la casación, desde luego que en esa operación de la intelligen- cia, que es una serie de razonamien- tos, no puede caber el error evidente de hecho, indispensable para poder variar la estimación de la prueba hecha por el sentenciador.' (*Gaceta Judicial*, tomo xxviii, 267, 3ª) (1) (Ca- sación, xxxix, número 1881, agosto 20 de 1931) 244, 2ª y 245, 1ª

CASACIÓN. 45—Se alegó la segunda causal de casa- ción que reconocía el artículo 2.º de la Ley 169 de 1896 y la fundó el recurrente en «que el fallo acusado dejó de fallar sobre las ex- cepciones alegadas por el demandado al dar respuesta a la demanda.»

«... Para desechar esta acusación, basta observar que, como se dijo en casación de 19 de julio de 1923, 'el recurso de casación, lo mismo que el de apelación, lo interpone el recurren- te contra la parte de la sentencia que le es desfavorable, y no con el objeto de favorecer a la parte contraria.' (*Gaceta Judicial*, xxx, 102, 2ª). No es, por tanto, admisible que el deman- dante venga a fundar su acusación basándose en que el Tribunal no falló sobre las excepciones que a su deman- da le opuso el demandado.» (2) (Casa- ción, xxxix, número 1882, noviembre 23 de 1931) 350, 1ª

— 46. En las instancias de un juicio sobre pago de una suma de dinero por parte de una compañía demandada a favor de la compañía actora, aceptó aquélla deberle a ésta la suma pedida, y no desconoció la confesión en que escribaba la sentencia recurrida. Dijo el recu- rrente que faltaban los requisitos esenciales para que constituyera confesión la declara- ción hecha por la parte demandada.

«En conformidad con la doctrina uniforme de la Corte, son improce- dentes en el recurso de casación los puntos nuevos, es decir, los concer- nientes a tesis no discutidas o acepta- das por las partes en las dos instan- cias del juicio.» Más adelante, refiriéndose la Corte al cargo de error de hecho en la sentencia que alegaba el recurrente, por estimar que no era la obligación de plazo vencido, dice: «Este motivo comporta la excepción de petición antes de tiempo o de modo indebido, que no se alegó en el juicio,

(1) El artículo 590 es hoy el 665 del nuevo Código Judicial. El 587 del antiguo Código, que definía el indicio, no fue reproducido en el nuevo.

(2) Concordancia: número 501, tomo 3.º «Jurisprudencia de la Corte».

(1) Artículo 2º de la Ley 169 de 1896, hoy 520 del nuevo Código Judicial.

Págs.

ni se consideró en las sentencias de primera y segunda instancia. La parte demandada aceptó tácitamente el ser de plazo vencido la deuda que exige la sociedad actora, entre otras razones, por haber propuesto la excepción de compensación. Es improcedente alegar en la demanda de casación excepciones, si éstas no se discutieron en el juicio, ni se consideraron en las sentencias de las instancias.» (1) (Casación, xxxix, número 1882, diciembre 3 de 1931).....

361, 1ª,
y 362,
1ª

CASACIÓN. 47—Para obtener la casación de la sentencia que decidió un juicio de reivindicación, alegó el recurrente que no se había fallado sobre la excepción perentoria de demanda hecha en forma indebida y de ilegitimidad de la personería de los demandados, en cuanto no se demostró que éstos fuesen herederos del causante en la sucesión representada por ellos.

«A este reparo basta observar que el recurrente cita como apoyo de su acusación el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, según el cual, cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia. Ahora bien, la excepción de que se trata no fue propuesta en la oportunidad legal, desde luego que en la contestación de la demanda nada se dijo, ni en la primera mitad del término probatorio, y es bien sabido que la segunda causal de casación en lo referente a excepciones, sólo se justifica cuando se ha prescindido de fallar sobre las que han sido oportunamente alegadas. (Artículo 2.º de la Ley 169 de 1896).» (Casación, xxxix, número 1881, septiembre 2 de 1931)..

261, 2ª

— 48—Propugnaba un recurrente por la casación de la sentencia de un Tribunal en juicio sobre resolución de un contrato, porque decía que no había aplicado el artículo 1546 del Código Civil, apareciendo que por numerosos indicios las demandadas no habían pagado el precio de la compraventa.

«No resulta del fallo recurrido, ni lo afirma el recurrente, que el Tribunal dejó de aplicar al caso del pleito el artículo 1546 del Código Civil, porque desconozca que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, sino porque, en su concepto, la demandante no ha suministrado la prueba de que las demandadas no cumplieron la obligación de pagar el precio de las fincas que ella les vendió, ya que en la escritura de venta aparece que sí lo pagaron; el reparo del recurrente consiste en que, a juicio de éste, el testimonio del Notario

Págs.

y de los testigos instrumentales, que dicen que no vieron que las demandadas le entregaran a la demandante los doce mil pesos, y un 'cúmulo enorme de indicios,' que él estima hay en el expediente, constituyen prueba suficiente para desvirtuar lo afirmado en la escritura sobre pago del precio, y que es, por tanto, erróneo el concepto del Tribunal, de que no se ha suministrado la prueba del no pago del precio. Pero salta a la vista que lo propio habría sido formular la acusación por errónea apreciación de esas pruebas, ya por no haberlas tomado en consideración o por no haberles dado el valor que ellas tengan, a juicio del recurrente; y a este respecto la Corte tiene establecido que 'no procede la primera causal de casación por violación de determinados preceptos de la ley, cuando esta violación es indirecta, como resultante de error de derecho en la apreciación de la prueba o de error de hecho evidente, no alegados por el recurrente.' (Casación de 18 de febrero de 1922, *Gaceta Judicial*, xxix, 104, 2ª).» (Casación, xxxix, número 1883, febrero 15 de 1932) (1)...

475, 2ª.

CASO FORTUITO. 49—Lorenzo Agudelo demandó a la iglesia de La Candelaria, de Ríosucio, para que fuese condenada a pagarle los perjuicios resultantes de la caída de la cúpula de ella a causa de una mala construcción, y no de caso fortuito. Condenada la iglesia al pago, recurrió en casación ante la Corte contra la sentencia del Tribunal que confirmó la de primera instancia, y alegó que el Tribunal había incurrido en error de derecho al no declarar probada la excepción de caso fortuito y de hecho en las siguientes apreciaciones que contiene la sentencia: «Los testigos de la parte demandada niegan que el siniestro ocurrido el veinticinco de diciembre de mil novecientos veinticuatro en la iglesia de La Candelaria se deba a defectos de construcción y al uso de malos materiales empleados en la confección de la obra, y afirman, en consecuencia, que ese suceso lo ocasionó un caso fortuito; pero es lo cierto que los testigos expresados no dicen en qué consistió el caso fortuito o el hecho imprevisto o inesperado que produjo la caída de la cúpula de la iglesia..... Por consiguiente, es forzoso estarse a lo declarado por los testigos de la parte actora, quienes afirman que 'el siniestro ocurrido en el templo se debió al empleo de malos materiales y a errada dirección en la ejecución de la obra.'»

La Corte en los fundamentos de su fallo, que no casa el del Tribunal, dice:

«Considera la Corte que no existe el error de hecho que el recurrente señala en esta apreciación del sentenciador, ni la consiguiente violación de las disposiciones legales que tratan del caso fortuito; porque, habiéndose defendido la parte demandada con la correspondiente excepción, debió jus-

(1) Concordancias: números 256, 262, 265, tomo 2º de la «Jurisprudencia de la Corte.» y 445, 536, 544, tomo 3º

(1) Se refería la Corte al artículo 2º de la Ley 169 de 1896, hoy el artículo 520 del nuevo Código Judicial.

tificar, es decir, debió contrarrestar la prueba del actor con la demostración de que el derrumbamiento de la torre fue ocasionado por un acontecimiento imprevisto a que no es posible resistir, como un sacudimiento sísmico, un rayo, un deslizamiento de capas subterráneas, etc., sin que obsté para ello el que tal acontecimiento sea posible, como quiere el recurrente, pues la prueba debe recaer de modo concreto sobre el hecho imprevisto e irresistible que produjo el siniestro.» (Casación, xxxix, número 1879, mayo 29 de 1931). (1)....

66, 2ª

CAUSALES DE CASACIÓN. 50—Se acusó una sentencia por no haber estimado el Tribunal que la dictó que la actora era comunera en la casa cuya división había pedido.

«El Tribunal sentenciador consideró que en el caso que se estudia no existe comunidad entre la actora y la demandada en la casa cuya división se pide, apreciación ésta que no ha sido eficazmente atacada por el recurrente. Si el Tribunal, al estudiar las pruebas deduce que la demandante no es dueña en la finca cuya división se demanda, y absuelve, en consecuencia, a la demandada, no puede acusarse la sentencia por violación del artículo 145 de la Ley 40 de 1907, sino que ha debido acusarse por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, y violación consiguiente de las disposiciones legales sustantivas correspondientes. Aun cuando la sentencia pudiera acusarse por error evidente de hecho y aun de derecho en ciertos puntos, la Corte no puede considerar tales causales, si por este aspecto no hay acusación.» (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo III, número 603).

— 51—Si un Tribunal yerra en la apreciación de las pruebas producidas, ese punto es materia de la causal primera de casación, pero no de la segunda. (Casación, xxxix, número 1884, abril 4 de 1932). (2).....

573, 1ª

CAUSAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL. 52—Alegaba un recurrente la segunda causal de casación que reconoce el artículo 3.º de la Ley 78 de 1923, porque en su sentir se había proferido sentencia en un proceso viciado de nulidad sustancial que hacía consistir en error relativo a la denominación genérica del delito, y que existía el vicio de nulidad, porque no se había demostrado el cuerpo del delito de falsificación de moneda.

«El no estar comprobado el cuerpo del delito no implica error en la denominación genérica del cargo materia del enjuiciamiento; no es, como este error, una informalidad sustancial de carácter meramente adjetivo, sino que versa sobre el fondo mismo de la cuestión sustantiva que es ma-

teria del debate judicial, y la base de la culpabilidad o inocencia del acusado. Y así, dentro del sistema de la Ley 78 de 1923, una alegación de esa índole correspondía a la causal 1ª y no a la 2ª; y ahora, cuando rige la Ley 118 de 1931, expedida en desarrollo de aquélla, existe una causal especial, la 3ª, que contempla dicha materia de tanto alcance y trascendencia, esto es, el error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, que, dicho sea de paso, el señor Procurador no considera que fuera del caso alegarla.» (Casación, xxxix, número 1884, abril 5 de 1932).

Págs.

619, 2ª

CERTIFICADO DEL REGISTRADOR. 53—Se acusó el fallo por error de derecho al estimar suficiente para la reivindicación el título presentado, sin que se hubiese acompañado el certificado del Registrador a que alude el artículo 111 de la Ley 105 de 1890 (1).

«Se repara: ese certificado sólo se exige para los desembargos de plano, pero no para los juicios de reivindicación, donde se hace comparación de títulos prevaleciendo el anterior, sin que sea necesario remontar la cadena hasta llegar al título primitivo, cosa las más de las veces imposible; basta con que el reivindicador acompañe un título anterior al del poseedor, para que se le reconozca el dominio. Esta ya es doctrina constante de la Corte, como puede verse, entre otras, en las sentencias de treinta de septiembre de mil novecientos diez y nueve (*Gaceta Judicial*, tomo xxvii, página 312, 3ª), y treinta de noviembre de mil novecientos veinte (*Gaceta Judicial*, tomo xxviii, página 266, 3ª). (Casación, xxxix, número 1880, junio 27 de 1931).....

156, 1ª

CESIÓN DE UN CRÉDITO EN QUE EL CEDENTE SE HACE RESPONSABLE DE LA SOLVENCIA DEL DEUDOR. 54—Vicente Jaramillo cedió un crédito contra Francisco Antonio Alvarez a Juan de la Cruz Restrepo en la siguiente forma que aparece al pie del documento: «Páguese al señor Juan de la Cruz Restrepo el valor de este documento, a quien cedo y traspaso todos mis derechos, quedando responsable.» En el juicio que intentó el cedente contra el cesionario sobre pago indebido de una suma de dinero por concepto de intereses y a causa de la insolvencia del deudor, alegaba en casación el actor recurrente que el Tribunal había violado el artículo 2379 del Código Civil al estimar que la omisión del cesionario en demandar el pago de los intereses del deudor, no podía estimarse como causa que hiciera el pago indebido, «toda vez, dice la sentencia, que la obligación contraída por Jaramillo tiene el carácter de subsidiaria. Su calidad, en relación con el contrato de cesión, no es otra, en el fondo, que la de fiador de los obligados en el documento, y en ese carácter el pago hecho, aun antes de ser reconvenido por el acreedor, está autorizado por el artículo 2379 del Código Civil.»

(1) Concordancia: número 584, tomo 1º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(2) Artículo 2º de la Ley 169 de 1896, hoy 520 del Código Judicial actual.

(1) Artículo 635 del nuevo Código judicial.

Dijo la Corte:

«Dice el recurrente que con estos conceptos el Tribunal violó directamente la disposición transcrita y la del artículo 1965 del Código Civil, porque al aplicar la primera hizo regir para el contrato de cesión, que es una venta, según lo tiene reconocido la Corte, una disposición del contrato de fianza que no puede aplicarse a la cesión porque uno y otro contrato tienen normas y diferencias especiales; que en la fianza existe para el fiador el derecho de que se le releve de la fianza en los casos de las reglas 3ª y 4ª del artículo 2394 del Código Civil, las que no pueden aplicarse al contrato de cesión que registra principios y consecuencias distintas, como la evicción, la resolución y la rescisión. Que al aplicar el artículo 1965 del Código Civil, lo violó también porque la cláusula 'quedando responsable,' empleada en la nota de cesión, no comporta ni constituye al cedente fiador de nadie; porque la fianza es una obligación condicional sujeta al evento de realizarse la insolvencia del deudor, para lo cual debe preceder el correspondiente juicio contra el deudor, o la demostración jurídica de la insolvencia, que en este caso no aparece, como lo reconoce el mismo Tribunal. Considera el recurrente que el Tribunal violó también indirectamente el artículo 2373 del Código Civil, porque esta disposición establece que la fianza no se presume, ni se extiende a más de su tenor expreso, y en la nota de cesión no aparece constancia de tal fianza. De lo anterior concluye el recurrente que al pagar Vicente Jaramillo los doscientos noventa pesos (\$290) cuya restitución se demanda, pagó una deuda que no existía y por lo mismo debió resolverse el pleito a su favor, aplicando precisamente los artículos 2313, 2315, 2316 y 1965 del Código Civil. Se contesta. Es verdad que son distintos el contrato de cesión de derechos y el de fianza; pero ello no obsta para que en el primero se agreguen cláusulas que garanticen su cumplimiento o que le afiancen. Tal es lo que sucede con el endosante de un documento comercial; en que la ley dice que garantiza el pago de dicho documento o lo afianza de modo solidario con el deudor. En materia civil no es solidaria esa fianza si no se dice expresamente; pero es claro que si el cedente hace constar que queda responsable, no siendo deudor principal, se constituye fiador en realidad, que es el concepto del Tribunal. Y habiendo esa constancia, como la hay en el caso de la litis, mal puede decirse que la fianza no existe y que se ha deducido de simple presunción. Ahora, la obligación del fiador simple es condicional en cuanto a su

Págs.

ejecución, o sea en cuanto no puede hacerse efectiva contra el fiador mientras no se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, a menos que el fiador renuncie a este beneficio de excusión; pero la fianza no es condicional en cuanto a su existencia, porque ésta surge desde que aparece o se constituye. De modo que si el fiador paga antes de que el acreedor requiera al deudor, no paga lo indebido, porque media una obligación subsidiaria. Por eso en el terreno en que se colocó el Tribunal, aplicó el artículo 2379 del Código Civil, según el cual "el fiador podrá hacer el pago de la deuda aun antes de ser reconvenido por el acreedor, en todos los casos en que pudiera hacerlo el deudor principal." De ahí que el Tribunal, en su concepto principal, concluyera que el pago hecho por Vicente Jaramillo a Juan de la Cruz Restrepo de los doscientos noventa pesos de intereses, no fue indebido, y por ello no violó los artículos 1965 y 2379 del Código Civil. Tampoco violó el artículo 2373 de la misma obra, según el cual la fianza no se presume, ni se extiende a más de lo expresado en ella, porque existiendo la cláusula "quedando responsable," el compromiso de Jaramillo no lo dedujo el Tribunal de simple presunción, sino de lo expresado en dicha cláusula, que es el valor del documento. El cargo no es, pues, fundado.» (Casación, xxxix, número 1884, marzo 15 de 1932).....

Págs.

551, 2ª y
552, 1ª

CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE. 55—La fuga del delincuente no puede erigirse en circunstancia agravante de la penalidad. En un proceso por homicidio se consideró como circunstancia agravante el hecho de haberse fugado el procesado.

«En algunas legislaciones no existe el delito de fuga, porque se considera que el amor a la libertad y a la propia conservación, constituye un sentimiento tan natural en el individuo, que la ley no puede erigir en delito ningún acto que, no teniendo en sí el carácter de delictuoso, tienda a obtener o procurarse la libertad del que la ha perdido. Aun en nuestro Código Penal, no toda fuga se considera como delito, lo que sucede cuando se verifica sin que medie escalamiento, fractura o violencia, según el inciso 2º del artículo 284 del Código Penal. El detenido o preso que apela a la fuga, no es un individuo antisocial, ni despierta por tal motivo aversión, como sí la despierta el que observa mala conducta; de ahí que estas dos situaciones, como lo anota el señor Procurador, no se puedan confundir, pues que agravarle la pena a un delincuente que se evade, y luego castigarlo por esa fuga, equivaldría a sancionarle dos veces por la misma falta. Aún más: puede suceder en el presente

Págs.

Págs.

caso que se le absuelva por la fuga, y no obstante, ya se le ha considerado como circunstancia agravante, lo que constituye un absurdo. La mala conducta que como agravante establece el ordinal 11 del artículo 117 del Código Penal, tiene, por tanto, un alcance distinto: se refiere a la ejecución de actos debidamente establecidos, que traigan trastorno social y que pongan de manifiesto antecedentes reprobables. De suerte que los reparos que se presentan contra esta agravante de la mala conducta, deducida por los Jueces de instancia, son fundados.» (Casación, xxxix, número 1883, marzo 30 de 1932).....

523, 1ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES. 56—Se acusó un fallo de un Tribunal por haber considerado como circunstancia agravante la de tener el reo una causa por heridas distinta de aquella en que fue condenado.

«No se encuentra comprobado en el proceso que se hubiera pronunciado sentencia condenatoria de primera instancia en el juicio de heridas cometidas anteriormente, ni siquiera se agregó copia del auto de proceder, el cual habría servido para apreciar los hechos en toda su extensión. No toda sentencia condenatoria anterior, aun ejecutoriada, puede servir para calificar la reincidencia, pues para que tal fenómeno se verifique, se necesita que se llenen las condiciones que determinan los artículos 140 y 141 del Código Penal, el primero de los cuales contiene importantes excepciones. Esa clase de condenaciones anteriores, que no alcanzan a tener entidad suficiente para establecer la reincidencia, pueden, es cierto, tomarse como base de agravación, como una circunstancia perteneciente a esta categoría, pero es necesario en tal caso que se trate de un fallo ejecutoriado, pues sin este carácter no puede afirmarse nada definitivo acerca de la responsabilidad, ya que puede venir en último término una sentencia absolutoria porque reconozca que el acusado ha obrado, por ejemplo, en ejercicio de un derecho de legítima defensa, y entonces se habría cometido un error y una injusticia al tomar como agravante un hecho que en realidad no ha tenido nada de delictuoso, y que, por tanto, no es capaz de establecer un pasado delictuoso para el acusado.» (Casación, xxxix, número 1883, marzo 9 de 1932).....

519, 1ª y 2ª

— 57—Se condenó a un individuo por homicidio a la pena de nueve años de presidio, y el Tribunal tuvo en cuenta para la calificación de la delincuencia en grado medio el haber cometido el reo el delito con algunas circunstancias de asesinato, como el disparar sobre la víctima en momentos en que se hallaba desprevenida e indefensa. El Procurador General de la Nación manifestó que no habiéndose considerado por el Jurado

esas circunstancias, no podían aducirse por el Juez de derecho para agravar la delincuencia.

«La Sala no se halla de acuerdo, ni con la forma de apreciación de las circunstancias agravantes hecha por el Tribunal, ni con lo que al respecto estima el señor Procurador. Porque desde tiempo atrás ha venido sosteniendo la Corte que las circunstancias constitutivas de asesinato en un homicidio, si bien es verdad que deben someterse al Jurado, y es a éste a quien corresponde en definitiva apreciarlas, no es menos cierto que si, como tales, es decir, como circunstancias constitutivas de asesinato, han sido negadas por los Jueces de conciencia, sin embargo, ello no obsta para que el juzgador de derecho las tenga en cuenta en su fallo como circunstancias agravantes generales, para efectos de la calificación del grado de delincuencia, siempre que se encuentren debidamente comprobadas en el informativo. Y si, como sucede en este asunto, ni siquiera al Jurado se le sometieron las circunstancias de asesinato, es indudable que no hay razón para que tales circunstancias, no constitutivas de asesinato—porque ello sería un absurdo—sino como agravantes generales, que influyen en la calificación del grado de delincuencia, puedan tenerse en cuenta para este último objeto. Así lo ha venido sosteniendo la Corte ampliamente en múltiples fallos, muchos de los cuales se hallan ya publicados en la *Gaceta Judicial*, como fácilmente puede verificarse. Ahora bien: si, como aparece de autos, en el presente caso Pinilla atacó a Gómez cuando éste se hallaba desprevenido, es decir, en condiciones tales que no pudo pensar siquiera en la agresión de que fue víctima, es inobjetable que, al menos la circunstancia agravante de la indefensión de la víctima, de que habla el numeral 10 del artículo 117 del Código Penal, sí se halla acreditada formalmente, y debe tenerse en cuenta.» (Casación, xxxix, número 1884, marzo 30 de 1932).....

617, 1ª y 2ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES. 58—Dos hermanos dispararon simultáneamente sus pistolas contra un individuo, sin que de parte de éste mediaran palabras de ninguna clase. Habiendo caído mortalmente herido y estando tendido en el suelo, uno de los atacantes le causó tres mortales heridas por medio de un cuchillo, al propio tiempo que el otro decía que eso era para que viera que ellos sí tiraban de frente y para vengar la muerte de uno de sus hermanos, causada por el ofendido. El Jurado declaró responsable al acusado contra quien se siguió la causa, por haber muerto el otro de los homicidas, manifestando que era responsable del homicidio, sin premeditación y sin que mediasen

Págs.

circunstancias de asesinato. El Juez y el Tribunal condenaron al procesado como responsable en segundo grado, y con el aumento de la sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo de la pena aplicable, a la de diez años de presidio y sus accesorias, con aplicación del artículo 600 y sus concordantes del Código Penal, en relación con los artículos 123 y 124 del mismo. Se alegó en casación, contra la sentencia del Tribunal, que habiendo negado el Jurado las circunstancias de premeditación y asesinato debió calificarse la delincuencia en tercer grado y no en segundo y que, por tanto, la pena debió ser la de seis años de presidio y no la de diez.

«Es cierto que el Jurado, según queda visto atrás, y como lo alega el recurrente, negó la premeditación y las circunstancias contenidas en la segunda cuestión del interrogatorio; pero no es exacto que el Juez de derecho ni el Tribunal hubieran tenido en cuenta esas circunstancias negadas por el Jurado. El Juez de derecho ha de estimar las que dicen relación al grado de la delincuencia, circunstancias que, apareciendo demostradas en los autos, bien podrían ser las mismas que un veredicto niega, puesto que el Jurado decide sobre ellas nada más que en cuanto tengan carácter específico, esto es, si en el caso debatido tienen virtud para cambiarle la fisonomía jurídica al hecho punible; pero el Jurado no determina el grado de la delincuencia ni es la entidad llamada a hacerlo. Y así, aun suponiendo que sí las hubiera tomado en cuenta el fallo condenatorio, por aparecer demostradas en autos, ello no implicaría violación de la ley, siendo como es, atribución de los Jueces y Tribunales calificar el grado de la delincuencia, en relación con las circunstancias agravantes y atenuantes que resulten claramente demostradas en autos; y ya la Corte tiene establecida una jurisprudencia uniforme en este sentido.» (Casación, xxxix, número 1880, octubre 26 de 1931).....

193, 1ª

COMUNIDAD EMANADA DE UNA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA. 59—Los herederos de la primera sociedad conyugal formada por el señor Bautista Bravo y la señora Isabel Mejía, demandaron a los herederos de la segunda formada por aquél y la señora Rosa Herrera, para que se decretase la separación de patrimonios de aquella sociedad y para que restituyesen a la misma ciertos bienes. En parte ganaron la acción propuesta los actores y recurrieron en demanda de casación de la sentencia del Tribunal, acusándola por error evidente de hecho en la interpretación dada a la demanda por el Tribunal, el cual dijo lo siguiente: «Se ha pedido que se declare que queda a cargo de la sociedad conyugal Bravo-Herrera la restitución de ciertos bienes. Esto quiere decir que la justicia debe declarar esa obligación, no contra los representantes de la sucesión de Rosa Herrera, sino contra una sociedad conyugal ya extinguida al tiempo de hacerse la petición..... En el caso que se estudia, la muerte de don Bautista Bravo disolvió su matrimo-

Págs.

nio con la señora Rosa Herrera y como consecuencia disolvió también la sociedad conyugal. Y así como salta en forma muy clara que no hay quién continúe ese matrimonio disuelto, extinguido, ni quién lo represente, debería saltar la consecuencia de que no hay quién continúe ni represente esa sociedad conyugal. Disuelta ella por la muerte de uno de los cónyuges, queda sin representante esa sociedad, que no existe más, que por lo mismo ya no es capaz de derechos y obligaciones....» Dijo el recurrente: «....Allí (en la demanda) se pidió que las declaraciones se hicieran contra los demandados en referencia, no contra la sociedad disuelta, y lo demandado fue que se decidiera el estar obligada ésta, que es una comunidad, representada por los herederos de cada uno de los cónyuges, a ciertas indemnizaciones y restituciones; el deber anotarse como pasivo de la sociedad conyugal Bravo-Herrera, en los inventarios de los bienes que ésta usufructuó, o de que era responsable, el valor de tales indemnizaciones y restituciones. El Tribunal confundió, pues, el objeto de la demanda con el sujeto de la misma, lo que lo llevó a violar, por no haberlos aplicado, los artículos antes enumerados.»

Dijo la Corte:

«Se considera: El Tribunal reconoce que la acción está bien dirigida, ya que el juicio—dice—se ha promovido 'contra los herederos de la señora Rosa Herrera'; pero halló como inconveniente insuperable, a su juicio, para no entrar a hacer las declaraciones demandadas, el hecho de exigirse éstas de una sociedad conyugal que, por estar disuelta, no existe, ni puede ser objeto de condenaciones, ni capaz de derechos y obligaciones. A lo cual se observa que estando como están dirigidas las acciones contra los herederos demandados, hay error de hecho evidente en el sentenciador al decir que las declaraciones no se piden contra ellos sino contra la sociedad disuelta, porque si tales herederos son demandados, al prosperar las acciones tienen que ser condenados, aunque no se dijera expresamente. Ahora, como se les demanda en el carácter de herederos de la señora Rosa Herrera, es decir, del comunero que con los demandantes representa la sociedad disuelta, o sea a esa comunidad de bienes, las condenaciones que se hagan perjudican a dicha comunidad. De ahí que se pida se reconozca que la sociedad conyugal disuelta Bravo-Herrera, que es una comunidad, queda obligada a ciertas prestaciones o restituciones en cabeza de quienes, por lo que hace a Rosa Herrera, representan a dicha comunidad de bienes. Se trata, pues, del caso en que el Tribunal reconoce que existe acción para hacer efectivas las obligaciones de una sociedad disuelta, mediante declaraciones en contra de quienes representan los bienes que habiendo sido de dicha sociedad, o que los manejó y usufructuó, no siendo suyos, están afectos al cumpli-

Págs.

Págs.

miento de sus obligaciones. Si los demandados no representarían a la señora Rosa Herrera, comunera en la sociedad conyugal Bravo-Herrera, ni se hubiera disuelto esta sociedad, habría razón en la tesis del Tribunal; pero habiendo, como hay, la prueba de esos dos hechos, la representan en la comunidad que ha surgido por la disolución de la sociedad conyugal, proveniente del matrimonio de dicha señora con Bautista Bravo. La Corte ha declarado que la sociedad conyugal una vez disuelta degenera en una comunidad, a la cual representan en caso de muerte de uno de los cónyuges o de ambos, el sobreviviente y los herederos del otro, según el caso... y que no porque la sociedad conyugal se disuelva se extinguen sus derechos y obligaciones, y que por tanto, para ejercitar los unos y cumplir las otras, tiene que subsistir la sociedad en liquidación, y con este carácter pueden los herederos de uno de los cónyuges y el sobreviviente, o los de ambos, reivindicar lo perteneciente a la misma sociedad. (*Gaceta Judicial* número 1495). No expresaron los demandantes que se hicieran las declaraciones que piden contra la sociedad conyugal Bravo-Herrera, como comunidad, pero no puede entenderse de otro modo la demanda, porque ellos procedieron a establecerla sobre el hecho comprobado y no negado por las partes, de estar disuelta esa sociedad; luego es lógico deducir que el pensamiento racional y claro de aquéllos fue el de pedir que se hicieran ciertos reconocimientos contra la comunidad en que ha quedado convertida la sociedad conyugal Bravo-Herrera por su disolución y representada en cuanto a la comunera Rosa Herrera por sus herederos. Es cierto que no debe confundirse la representación de la sucesión de Rosa Herrera con la representación de la sociedad conyugal de Bravo-Herrera, o sea, de esta comunidad; pero como Rosa Herrera, o su sucesión, es comunera, los herederos de ésta tienen en el caso, además de la representación de esa sucesión, la de la comunidad Bravo-Herrera, o sociedad conyugal disuelta, con los herederos de los otros dos cónyuges o copartícipes, o sea, los demandantes; por eso se ha dirigido la demanda contra los herederos de la señora Herrera. Aparece, pues, acreditado el error evidente en que incurrió el Tribunal en la interpretación de la demanda. La parte opositora alega que si el Tribunal incurrió en ese error de hecho al entender que la demanda está dirigida contra una sociedad que no existe y por ello no se podían hacer declaraciones contra ella, tal error escapa a la censura de la Corte porque en esta clase de

apreciaciones el Tribunal es soberano. A esto observa que las apreciaciones del sentenciador no pueden revisarse por la Corte cuando no impliquen error evidente de hecho, pero no cuando se haya incurrido en este error de modo manifiesto, como es el caso.» (Casación, xxxix, número 1881, octubre 15 de 1931). ...

309, 2ª
y 310,
1ª

CONFESIÓN. 60.—En juicio sobre pago de una suma de dinero como indemnización de los daños y perjuicios que sufrió el actor a consecuencia de la fractura de la tibia que le causó Juan Dager con su automóvil, no probó el actor, por los medios legales, que el demandado Alejandro Dager fuese el padre de Juan para los efectos de la responsabilidad. Alegaba en casación que el demandado había confesado ser el padre del autor del daño y que se había violado por el Tribunal de Cartagena la ley sustantiva al no estimar la confesión como prueba de ese estado civil.

«La confesión hecha por alguna de las partes con los requisitos que prescriben los artículos 556 del Código Judicial (1), y 34 de la Ley 169 de 1896, es plena prueba, siempre que el hecho a que se refiera sea susceptible de ser probado por ese medio. En el caso que se estudia, el punto cardinal de la litis se concreta en saber si Alejandro Dager está o no obligado a resarcir los perjuicios que Juan Dager causó a la demandante con los hechos a que se refiere el punto primero de los fundamentos de la demanda. Se reclama de Alejandro Dager el pago de tales perjuicios, fundándose, entre otras disposiciones, en el artículo 2347, inciso 2º, del Código Civil. De manera que para que prosperara la acción era necesario que se comprobaran estas dos cosas: que Juan Dager era menor de edad a la época del accidente, y que Alejandro Dager es el padre de aquél. El estado civil de padre es en este caso elemento esencial para que exista la responsabilidad a que se refiere el artículo 2347 citado. En otros términos: esta responsabilidad es "algo que depende necesariamente de ese estado." La Corte ha sentado, constante y reiteradamente, la doctrina de que "la confesión no es suficiente para establecer el estado civil de las personas; la ley no admite a este respecto sino determinada clase de pruebas." (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo I, número 778).» (Casación, xxxix, número 1884, abril 22 de 1932) (2).

596, 1ª

CONFESIÓN. 61.—En un juicio sobre nulidad por simulación de un contrato que aparecía de una escritura pública que no había sido registrada, casó la Corte la sentencia del Tribunal de Cartagena que hizo la declaración de nu-

(1) Artículos 604, 606 del Código Judicial actual.

(2) Concordancias: números 2070, 2076, «Jurisprudencia de los Tribunales,» tomo 1º

Págs.

lidad sin caer en la cuenta de que no debió tener como prueba del contrato una escritura que no se había registrado, y dijo lo siguiente en relación con la confesión del contrato:

«Y no se arguya que el demandado en la contestación de la demanda, aceptó la existencia del contrato de venta del bien raíz a que se refiere este juicio, puesto que la confesión no es suficiente para probar la enajenación de inmuebles, la cual sólo se prueba con la escritura pública debidamente registrada. Ya lo dijo la Corte: "No sirve la confesión de las partes para probar los contratos solemnes. Así, pues, aunque una persona confiese haber vendido una finca raíz, no debe admitirse como existente la venta, si falta la respectiva escritura pública registrada; pues la confesión no puede dar vida a lo que no ha existido a los ojos de la ley, porque sólo se confiesa lo que ha existido antes." (Casación, 23 de junio de 1892, VII, 285, 2ª; casación, 4 de octubre de 1910, XIX, 100, 1ª).» (Casación, XXXIX, número 1882, diciembre 12 de 1931) (1).....

381, 2ª

CONFESIÓN. 62—Las demandadas en un juicio sobre resolución de un contrato de venta por pretendida falta de pago del precio, confesaron que no habían pagado el precio, pero dos de ellas agregaron que cada una había pagado su parte de cuatro mil pesos en el total de doce mil pesos de la venta. Sostenía el recurrente que el Tribunal había apreciado erróneamente la prueba de confesión, pues estimó que no existía la falta de pago del precio.

«Se observa: en más de una ocasión ha dicho la Corte que "no puede en contrarse error de derecho en la apreciación que haga el Tribunal de ser divisible o indivisible una confesión explicada, pues puede decirse que ha quedado a la interpretación o arbitrio de los Jueces la calificación de que el hecho confesado y añadido como explicación al hecho principal, sea separable o inseparable de éste." (Casación de 12 de mayo de 1897, *Gaceta Judicial*, XII, 370, 2ª); (Casación de 19 de julio de 1907, *Gaceta Judicial* XVIII, 147, 2ª). Por otra parte, el Tribunal no ha conceptuado acerca de si la confesión de que se trata es divisible o indivisible, sino que lo que ha hecho es interpretar el contenido de las respuestas dadas a las posiciones arriba transcritas; no es una cuestión de derecho sino de hecho, la que plantea el Tribunal, al conceptuar que "dada la estructura de la pregunta, la respuesta es congruente," pues "es obvio—dice—que siendo el precio de la compraventa doce mil pesos, no era posible que lo pagara íntegramente cada una de las personas menciona-

Págs.

das en la pregunta," y que "es, por tanto, racional la respuesta negativa de Belarmina y Heliodora, puesto que era un imposible moral que cada una de ellas pagara el precio íntegro. De lo que se sigue que la aclaración fue cuerda, porque tuvo por objeto poner en su punto lo que cada una de aquéllas tenía por verdadero, esto es, que ninguna de las dos pagó el precio total, sino su respectiva cuota, conforme a lo estipulado en la escritura"; y que "de acuerdo con lo dicho, tampoco contestó mal Dolores, diciendo que era cierto lo preguntado, porque lo que quiso significar fue que ni ella, ni ninguna de las otras personas incluídas en la pregunta pagó doce mil pesos." Si el recurrente estima que el Tribunal incurrió en error al apreciar en ese sentido las respuestas dadas por las demandadas a las posiciones arriba expresadas, debió acusar por ese error de hecho, no por error de derecho.» (Casación, XXXIX, número 1883, febrero 15 de 1932).....

476, 2ª

CONFESIÓN. 63—Luis Felipe Bedoya demandó a José María Bedoya ante el Juez 2.º del Circuito de Armenia para que se declarase resuelto un contrato de compraventa que celebró con él, por falta de pago del precio. Se condenó al demandado al tenor de lo pedido y el Tribunal revocó el fallo porque estimó que en las posiciones que absolvió José María Bedoya, no había confesado que no hubiese pagado el precio de la venta. Recurrió en demanda de casación ante la Corte el actor atacando la sentencia en el supuesto de error evidente de hecho porque, dijo: «el demandado confiesa la existencia del contrato de compraventa, celebrado en la escritura número 208 citada, y el no pago del precio, pues al agregar que el contrato es simulado, y que tuvo por objeto recuperar en parte la cosa vendida antes simuladamente al demandante, tanto vale como desconocer la efectividad del contrato y la existencia de la deuda. La circunstancia agregada por el confesante de que la causa del contrato era la restitución del bien enajenado en venta anterior simulada, constituye una verdadera excepción, y, por tanto, hay que tomar la confesión del demandado como simple y absoluta, una vez que ninguna prueba ha producido el absolvente sobre la simulación del contrato.»

Dice la Corte:

«Uno es el caso en que el juzgador, dando por confesado un hecho, estime la confesión como explicada y divisible; otro, el punto, muy diferente del anterior, en que el Juez declare que no existe confesión en la declaración que una parte haga respecto de un hecho. En este caso, toda discusión sobre si una confesión tiene o nó la calidad de divisible, es ajena al fallo. Lo que entonces se debe demostrar es que en tal declaración de la parte existen los elementos que, conforme a la ley, constituyen la prueba de confesión, sea judicial o extrajudicial, simple o explicada, divisible o indivisible. Las cualidades de un sujeto presuponen la existencia del sustan-

(1) Concordancias: números 777, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte», 803, tomo 3.º Concuerda con esta doctrina la «Jurisprudencia de los Tribunales», número 1064, tomo 1º

Págs.

tivo, y ésta la ha negado el Tribunal. Dice así la sentencia: "De todo ello se viene a la conclusión de que José María Bedoya no ha confesado que él no haya pagado el precio de la venta cuya resolución se pide. Su intención expresada con palabras más o menos claras, ha sido indudablemente la de afirmar que el precio lo considera pagado."» (Casación, xxxix, 1879, mayo 18 de 1931).....

26, 2ª

CONFESIÓN. 64.—Una compañía colectiva de comercio, en liquidación, demandó a otra sociedad comercial para el pago de una suma de dinero. La sociedad demandada confesó deber la suma, pero contrademandó por una suma mayor oponiendo a la demanda principal la excepción de compensación. En el recurso de casación que intentó la parte demandada primeramente, sostuvo que la confesión que hizo al contestar la demanda era indivisible; toda vez que había alegado la compensación, a causa de que la sociedad actora debía mayor cantidad a la opositora.

«Se considera: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta" (artículo 1759 del Código Civil). De acuerdo con esta disposición, tocaba a la parte demandada probar la compensación, que es una excepción perentoria y un modo de extinguir las obligaciones (artículos 1625 del Código Civil y 479 del Código Judicial). Para que haya compensación, es menester que las dos partes sean mutuamente deudoras. En el juicio no hay prueba de que la parte demandante sea deudora de la demandada. Hay, eso sí, prueba de que la Compañía opositora debe a la actora la cantidad por que se le demandó. El demandado propuso la excepción de compensación; confesó haber recibido mercancías por valor de \$ 195.109, de los cuales ha pagado \$ 192.498-88, y reconoció en carta deber un saldo de \$ 5.054-08, suma mayor que la que se le exige. En armonía con la ley y con la jurisprudencia de la Corte, la confesión hecha por la parte demandada es divisible. Dice así el artículo 568 del Código Judicial: (Aquí él) (1). La confesión en referencia es claramente divisible, ya que la compensación comporta una excepción perentoria. Dice la Corte: "En efecto; él (el recurrente) dice que 'cuando la modificación o explicación que se agrega a una confesión tiende a desconocer la efectividad misma de la obligación, la confesión es indivisible,' y precisamente lo contrario es lo que establece la ley; pues toda modificación o explicación que tienda a desconocer la efectividad de la obligación, o, en otros términos, todo hecho en virtud del cual la ley desconoce la existencia de la obligación, constituye, según el artículo 52

Págs.

de la Ley 105 de 1890, excepción perentoria, y de conformidad con el artículo 568 del Código Judicial, cuando la circunstancia o modificación añadida a la confesión constituye excepción, la confesión es dividua o divisible." Agrega la Corte: "Por otra parte, según doctrina de esta misma Corte (*Gaceta Judicial*, año 12, página 370), no puede encontrarse error de derecho en la apreciación que haga el Tribunal, de ser divisible o indivisible una confesión explicada, pues puede decirse que ha quedado a la interpretación o arbitrio de los Jueces la calificación de que el hecho confesado y añadido como explicación al hecho principal, sea separable o inseparable de éste." (*Gaceta Judicial*, año xviii, página 147, 2ª). El cargo es, por ende, infundado.» (Casación, xxxix, número 1882, diciembre 3 de 1931) (1).

361, 1ª
y 2ª

CONSTITUCIÓN. 65 — Régimen constitucional anterior al Acto legislativo número 3 de 1910.

«Antes de la expedición del artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910 existía, en materia de leyes inconstitucionales, el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, modificado por el 6º de la Ley 153 del mismo año, disposiciones que contenían algunas reglas encaminadas a resolver las dificultades que en la práctica presentaran los textos legales que por algún aspecto fueran opuestos a los cánones fundamentales. Mas no existía autoridad alguna a quien se hubiese asignado la atribución de decidir acerca de la inconstitucionalidad de las leyes y decretos ejecutivos de una manera general, y con fuerza obligatoria para todos los casos. Esa facultad le fue dada a la Corte por la enmienda constitucional de 1910, que ya se conoce." (Sentencia, Corte Plena, tomo xxxix, número 1879, mayo 29 de 1933).....

2ª, 2ª

CONTRATO. 66.—En juicio de nulidad sobre simulación de un contrato, en el cual declaró un Tribunal la nulidad demandada, argüía el demandado recurrente en casación que un contrato solemne, por ser tal, excluye la simulación, de suerte que observadas en su celebración las formalidades especiales que constituyen la solemnidad, desaparece la posibilidad de que pueda carecer de las cosas que son de su esencia, o adolecer de los vicios del consentimiento, o versar sobre objeto ilícito.

«El alegato del recurrente, relativo a la primera teoría (la que se acaba de exponer), toma la extensión y variedad de una tesis académica que no sería posible, en los estrechos límites de una sentencia, estudiar punto por punto, ni verificar la exactitud en su aplicación de las varias autoridades

(1) Artículo 609 del nuevo Código Judicial.

(1) Concordancias: número 784, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

que eruditamente invoca. Ya la Corte en otras ocasiones ha tratado con especialidad la materia, pero no han logrado sus fallos ganar en el entendimiento del distinguido recurrente, no diremos autoridad, pero ni siquiera acatamiento. Pone por exordio: *hora est jam de somno surgere*, es llegada la hora de despertar del sueño de que habla el Evangelio, de estudiar a fondo el asunto y de no tener como axioma en el cual descansa tranquila la mente ese magno error en que se ha incurrido en Colombia de que la simulación tenga cabida en los actos solemnes, y de que la nulidad absoluta se pueda alegar por los herederos de las partes y su declaración no produzca efectos contra terceros. ¡Qué serie de absurdo! Varias páginas del alegato, nutridas de citas de expositores franceses, emplea el recurrente para descubrir este postulado: la mayor parte de los contratos son consensuales; otros, algunos pocos, son solemnes; descubrimiento que aparte de recaer sobre una clasificación que se pierde en la oscuridad de los tiempos, se halla reproducida en el artículo 1500 del Código Civil y en los programas de las Facultades de Derecho. Y hecho el hallazgo, sienta la siguiente proposición, que es el tema de su demanda: "En los contratos de esta naturaleza (los solemnes), desde el momento en que se llenan todos los requisitos exigidos por la ley, los derechos y obligaciones de las partes se crean *ipso jure*, por propio ministerio de la ley, *con fuerza indestructible*" (subraya la Corte). "En consecuencia, con la doctrina que de jo expuesta someramente, a nadie se le ha ocurrido sostener que en el matrimonio, verbigracia, si un hombre y una mujer declaran en la forma prescrita por el Derecho Canónico, si se trata del sacramento eclesiástico, o en el Código, si del matrimonio civil, se les pueda admitir a ambos contrayentes, o a uno solo de ellos, alegar la simulación del acto matrimonial." Y hace extensiva la argumentación *ab absurdum* al reconocimiento de un hijo natural, a la adopción, a las capitulaciones matrimoniales, a la donación de un inmueble, a la constitución de hipoteca. Se considera: Unas breves observaciones servirán para confutar esta tesis absoluta que carece de solidez. No solamente en los contratos solemnes, sino también en los consensuales, una vez cumplidos los requisitos legales que le son comunes o peculiares, los derechos y obligaciones se crean *ipso jure*; así lo dispone el artículo 1495 y lo sanciona el artículo 1602 del Código Civil. Pero no es cierto que los vínculos de derecho que crean los contratos solemnes, por el hecho de la solemnidad, ten-

Págs.

gan *fuerza indestructible*. Todo contrato, sea o no solemne, está sujeto en su existencia misma, y sus efectos, a la invalidación, sea por consentimiento mutuo, sea por causas legales, entre las cuales se halla la nulidad. La premisa del recurrente es obviamente falsa. Y acontece con frecuencia que el requisito especial que la ley erige como solemnidad, sea simulado, y por ello nulo el contrato. La escritura pública consiente el ataque por simulación, aquí, en Francia y en dondequiera que exista la institución del Notariado; y si un instrumento público sucumbe por esta causa, desaparece uno de los elementos esenciales de la compraventa de bienes raíces y se invalida, por lo mismo, a causa de nulidad absoluta, el acto de enajenación. Si "consentir en la solemnidad es lo mismo que consentir en el contrato," según el recurrente, y son consustanciales, la consecuencia sería que jamás podrían demandarse por simulación las escrituras públicas exigidas *ad solemnitatem*, cosa perfectamente insostenible a la luz de los principios que rigen sobre autenticidad de instrumentos públicos. Si la concisión relativa que han de tener los fallos judiciales no le impidiera, sería oportuno demostrar que los ejemplos de ciertos actos solemnes como el matrimonio católico, que trae el recurrente, como de simulación imposible, es argumentación inaceptable. El consentimiento interno de los contrayentes es elemento esencial del matrimonio, "y se presume siempre *conforme a las palabras o signos empleados en la celebración del matrimonio* (canon 1086) y que se dejan consignados en el acta matrimonial." Pero "si alguna de las partes o las dos, con acto positivo de la voluntad, excluye el matrimonio mismo, o todo derecho al acto conyugal, o a alguna propiedad esencial, el matrimonio será inválido." (Canon 1086, parágrafo 2.º). Quiere decir esto que si en el acto que constituye la solemnidad esencial del matrimonio católico, el contrayente manifiesta consentimiento como lo expresan las palabras o signos empleados en la celebración del matrimonio, tal manifestación se *presume* cierta, mientras no resulte fingida o simulada, a virtud de un acto positivo de la voluntad de los contrayentes que hayan manifestado lo contrario. Según el recurrente, las palabras de asentimiento proferidas por los novios en el acto de la celebración, y que constituyen la solemnidad esencial del matrimonio, "crearon un vínculo de derechos y obligaciones, *con fuerza indestructible*." Según preceptos positivos del Derecho Canónico, incorporados en nuestro Derecho Civil, el consentimiento manifestado se *presume* como verda-

Págs.

dero, pero admite la simulación comprobada con ciertas pruebas. He ahí, pues, uno de los casos que si se presentasen ante la jurisdicción competente habría de recibir el fallo de invalidez del matrimonio, a pesar de la solemnidad cumplida sin caer en el anatema del recurrente.» (Casación, XXXIX, número 1883, febrero 26 de 1932).....

491, 2ª
y 492,
1ª

Se casó el fallo por haberse demostrado que las demandadas compradoras sí habían pagado el precio en servicios. El salvamento de voto del Magistrado doctor José Miguel Arango dice: «Concuerdo con mis colegas de Sala en la casación de la sentencia, pero discrepo en la parte motiva, por estas razones: Habiendo un motivo comprobado de casación, cual es el error en que incurrió el sentenciador al apreciar las confesiones de los demandados, respecto del pago del precio de la casa, no era preciso entrar a considerar la tesis del recurrente de que los contratos solemnes no comportan la nulidad por simulación, tesis ésta recibida en nuestra jurisprudencia de manera uniforme desde luengos años, pues unificar la legislación es la primordial finalidad de la casación, sin que esto quiera decir que se debe persistir en una doctrina manifestamente errónea para conservar la unidad y uniformidad. Nó, esas doctrinas deben enmendarse y corregirse, pero para ello es menester que sean manifestamente injurídicas, cosa que no sucede al presente, a pesar de los reparos del abogado recurrente, de suerte que no prohijo esa parte motiva del fallo. Respecto de la calificación del contrato, advierto que la acusación por error en la apreciación de la prueba de confesión, tiende a demostrar que hubo pago del precio, dando por sentado que hubo un contrato de compraventa, porque decir, como se dice en el fallo, que hubo pago del precio y que ello está demostrado, es admitir que se trata de un contrato de compraventa, de suerte que casado el fallo porque sí se demostró que las compradoras pagaron el precio, no se puede, en mi sentir, sin caer en contradicción, sostener que hubo dación en pago, porque en este evento no le correspondía a los demandados compradores demostrar que pagaron el precio. El error en que incurrió el sentenciador al apreciar la prueba de posiciones respecto del pago del precio, sirve para casar la sentencia, cuando hay contrato de compraventa, pero ese error no sería motivo de casación si se tratara de una dación en pago, puesto que en este contrato, si fuera el de la litis, las demandadas no te-

Págs.

nían que demostrar que pagaron el precio, pues ellas en lugar de deber esa prestación, eran acreedoras de quien les dio la cosa en pago a cambio de esos servicios personales.»....

493, 2ª
y 494,
1ª

CONTRATO. 67--Se alegó en un recurso de casación que tanto el demandante como el demandado habían reconocido que el contrato que ellos celebraron fue el de cuenta corriente mercantil, y que a pesar de ese convenio de las partes el Tribunal había variado la calificación del contrato negando que fuese tal y declarándolo de simple cuenta de depósito y gestión bancaria.

«Estima esta superioridad que la calificación jurídica de un contrato no corresponde a los contratantes sino a la ley, de modo que si éstos llaman venta a un contrato de arrendamiento, por ejemplo, no ha de entenderse por ello que el contrato, que conforme a la ley es una venta, ha de trocarse en el otro por haberlo calificado así las partes. Al Juez corresponde aplicar el derecho de acuerdo con los hechos probados, sin que puedan obligarle las apreciaciones jurídicas que hagan los litigantes, si se apartan de la ley y de los principios de la jurisprudencia.» (Casación. XXXIX, número 1881, septiembre 12 de 1931).

277, 2ª

COPIAS DE COPIAS. 68—El demandado en un juicio de reivindicación que prosperó, alegó en demanda de casación de la sentencia que le condenó, violación de ley sustantiva porque a una copia de una diligencia de remate se le calificó de documento auténtico, contra los artículos 686 y 1072 del antiguo Código Judicial, según los cuales, los documentos auténticos, para que hagan fe en juicio, si se presentan en copias, deben éstas expedirse de sus originales. Se afirmó que la copia presentada no había sido sacada del original del respectivo juicio ejecutivo en que se hizo el remate, sino de una primera copia que se llevó a guardar al protocolo.

«Con arreglo al artículo 1072 del Código Judicial, la copia de la diligencia de remate de un bien raíz se equipara a una escritura pública y constituye suficiente título de propiedad a favor del rematador. Por consiguiente, si esa copia es llevada a la protocolización, en virtud del derecho que a los interesados les conceden los artículos 2606 y 2607 del Código Civil, y el Notario compulsu una copia de ella, la nueva copia se refiere, en rigor, a una escritura, pues de lo contrario, la susodicha equiparación no produciría completo efecto. Ciertamente que por la protocolización no adquiere el documento protocolado mayor fuerza de la que originalmente tenga; pero como la copia judicialmente expedida de una diligencia de remate se reputa ante la ley como una escritura pública, es decir, posee fuerza de tal, la copia que a su turno dé el Notario, una vez hecha la protocolización, ha

Págs.

de mirarse como de escritura pública original. De conformidad con el artículo 686 del Código Judicial, los documentos auténticos se expedirán en copia autorizada, bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de los originales; mas de ello no se deduce que sea inválida la copia notarial aquí controvertida. Esto porque si, merced a una disposición legal expresa, la copia judicial del remate vale como escritura y puede ser incorporada en el protocolo, merced también a otra disposición de la ley, la copia que luego expida el Notario es de una escritura original, por obra de aquella ficción jurídica. Sería dable admitir que en el particular se contempla una excepción a la regla del mencionado artículo 686. Si-guese de lo expuesto que el senten-ciador no incurrió en error de dere-cho al apreciar como prueba la copia notarial de la diligencia de remate, que impugna el recurrente, y, conse-cuencialmente, que tampoco quebran-tó el artículo 686 del Código Judicial, ni mucho menos el 1072 ibídem. El cargo, pues, no procede.» (Casación, XXXIX, número 1881, agosto 13 de 1931). (1).....

235, 2ª

COPIAS DE COPIAS. 69—Habiéndose reivindicado para una sociedad conyugal ilíquida una cuota determinada de una cosa singular, el derecho a seis fanegadas de un terreno, y ha-biendo ganado el pleito el actor, se atacó el fallo por error de derecho, al dar el Tribunal el carácter de plena prueba a la escritura exhibida como título para la reivindicación, pues, dijo el recurrente, sólo se acompañó una copia de copia, escritura que no fue re-gistrada.

«Se observa: cierto es que la escri-tura acompañada es copia de una co-pia que se hizo protocolizar, pero tam-bién es verdad que al final de esa co-pia aparece una nota del Registrador de instrumentos públicos, de la cual aparece que la escritura número 165, de veinte de septiembre de mil nove-cientos cuatro, fue registrada el vein-tidós del mismo mes y año, y aparece también que los archivos de la Nota-ría, correspondientes a los años de..., se quemaron. El título fue registrado oportunamente, y la copia de la copia tiene valor al presente, de conformi-dad con los artículos 683 y 684 del Código Judicial, por haberse compro-bado el incendio de los protocolos de los años de mil ochocientos sesenta y ocho a mil novecientos cuatro.» (2).

CORRECCION DE UNA DEMANDA. 70—Jorge Gómez Silva, apoderado de Francisco Díaz Aceve-do, demandó a Basilio Quintero para que se le condenase a hacer escritura y entrega de la mitad del terreno de Güepsa. Corrigió luego su demanda para que se declarase

Págs.

«que el dominio en la mitad de la hacienda de Güepsa....pertenece hoy al doctor Fran-cisco Díaz Acevedo.» El Tribunal falló en el punto 3.º de la parte resolutive de su senten-cia de acuerdo con lo pedido en la demanda primitiva. En casación alegó el demandante que el Tribunal había incurrido en error de hecho evidente al fallar en el punto 3.º de la sentencia la única parte petitoria de la de-manda primitiva, a pesar de no haber queda-do vigente en virtud de la corrección sustitu-tiva que le hizo el demandante y de no haber-se ejercitado las dos acciones como subsi-diarías una de otra.

«La Corte encuentra fundado este cargo, porque siendo como son no sólo de naturaleza distinta sino in-compatibles entre sí la acción para el otorgamiento de la escritura del te-rreno a favor del demandante y la ac-ción para que se reconociera que es dueño del mismo terreno, y habiendo expresado el actor que *aclaraba* y co-rregía la demanda, no es lógico dedu-cir o interpretar que esa corrección y *aclaración* dejó subsistente la pri-mera demanda en su parte petitoria. Porque no se aclara simplemente una acción ejercitada en una demanda contra otra acción de naturaleza dis-tinta y diciendo, como ocurre en este caso, que se corrige la primera; la aclaración se realiza, por ejemplo, cuando se agregan elementos que ha-gan más comprensible la acción a que ella se refiere. Porque tampoco puede inferirse, sin prueba de ello en los au-tos, que el actor hubiera entendido que al ser incompatibles dichas acciones entre sí había propuesto la segunda como subsidiaria de la primera, para que fuera el caso del artículo 270 del Código Judicial (1), y así, no obstan-te la corrección, hubiera quedado bajo la jurisdicción del Juez y del Tribu-nal la acción primeramente deducida. La manera de proponer una acción es derecho exclusivo del demandante, lo mismo su responsabilidad, y cuando de los términos que emplea se deduce lógicamente cuál ha sido su intención, no es lícito al juzgador proceder a in-terpretarlos aun con el propósito plausible de llegar a solución justa.

De lo anterior concluye la Corte que el Tribunal incurrió en error de he-cho evidente al fallar con el Juez la acción personal primeramente dedu-cida sobre otorgamiento de la escri-tura y entrega del lote de terreno de *Güepsa* por haber quedado fuera del debate con la corrección de la deman-da, y ese error lo llevó a violar el ar-tículo 835 del Código Judicial (2), por lo cual debe casarse parcialmente la sentencia en cuanto confirma el pun-to *tercero* de la parte resolutive de la de primera instancia. Por consiguie-n-te, dicha acción, que fue sustituida

(1) Los artículos citados del Código Judicial corresponden al 632 y 1052 del nuevo Código Judicial.

(2) Artículo 630 y 633 del nuevo Código Judicial.

(1) Artículo 209 del Código Judicial actual.

(2) Artículo 471 de la misma obra.

Págs.

por la otra, no queda fallada en este pleito y subsisten al respecto los derechos del demandante.» (Casación, xxxix, número 1880, junio 2 de 1931).

131, 2ª y
132, 1ª

COSAS INCORPORALES. 71—No son objeto de reivindicación. Se demandó la restitución de unos bienes que le habían sido adjudicados al demandado en un juicio de sucesión por creerse con mejor derecho el actor. Entre esos bienes se hallaban unos créditos personales. Fallado el pleito a favor del actor, alegó el demandado en casación que el Tribunal había violado los artículos 665, 666, 669, 946, 947 y 950 del Código Civil, pues había reconocido el sentenciador la acción reivindicatoria para la restitución de créditos personales.

«Para la Corte es clarísimo tal quebrantamiento de los textos citados, porque la ley expresamente dice que son bienes incorporales los créditos (artículo 653); que las cosas incorporales son derechos reales o personales y que los créditos son derechos personales (artículo 665), y es bien sabido que la acción reivindicatoria sólo se extiende a las cosas corporales, raíces y muebles (artículo 947), y los créditos, según los artículos citados, son incorporales que escapan a la reivindicación.» (Casación, xxxix, número 1882, noviembre 20 de 1931)...

347, 2ª

COSTAS. 72—Se alegó contra la sentencia del Tribunal que condenó en costas la segunda causal de casación conforme al artículo 2.º de la Ley 169 de 1896, diciendo que el Tribunal había condenado a más de lo debido, por haber hecho especial condenación en costas en su fallo, siendo así que el de primera instancia, confirmado por aquél, ya había condenado en costas a los demandados.

«Estima la Corte infundado el cargo, sencillamente porque las costas de la segunda instancia en un juicio, no son materia relacionada con el cuasicontrato de la *litis contestatio*, y, por lo mismo, no causan incongruencia entre el fallo y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.» (Casación, xxxix, número 1882, diciembre 1º de 1931).

365, 2ª

CUANTIA DEL RECURSO. 73—Se negó un recurso de casación porque cuando se profirió la sentencia contra la cual se interpuso casación, regía ya la Ley 11 de 1931, que señaló la cuantía de los juicios ordinarios susceptibles de recurso en la suma de tres mil pesos.

«La Corte ha sentado, constante y reiteradamente, la doctrina de que 'si bien es cierto que la cuantía de la acción se refiere o debe referirse a la que ella tenga a la fecha de la demanda, ello no quiere decir que la ley aplicable sea la que regía en esa fecha para la admisión del recurso de casación. La cuantía es la que fije la ley vigente al tiempo de interponerse el recurso, cuyo monto se fija en la fecha de la demanda.' (Jurisprudencia de la Cor-

Págs.

te, tomo 3º, números 986, 983, 934, 985, 978 y 979). (1).

CUENTA CORRIENTE. 74—La viuda de José María Bucheli, como representante de sus hijos menores, demandó al Banco del Sur, de Pasto, para que se declarase a éste deudor del causante de los actores y obligado a restituirles determinada suma de dinero. Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el demandado y alegó que habían sido violados los artículos 730, 731 y 743 del Código de Comercio, manifestando que el Tribunal le había dado al contrato celebrado entre el señor Bucheli y el Banco una denominación que no había sido la convenida por ellos, los cuales denominaron el contrato de cuenta corriente.

«El Tribunal, para resolver qué clase de contrato era el celebrado por el Banco del Sur y el doctor Bucheli, hizo el siguiente razonamiento: 'Las cláusulas del documento de contrato celebrado entre el Banco del Sur y el doctor José María Bucheli, no establecen la creación de una cuenta corriente entre los dos, en conformidad con la definida por el artículo 730 de la obra mencionada. Por el contrario, según lo estipulado en el documento del 21 de febrero de 1908, se ve que el Banco del Sur abre un crédito en descubierto a favor del señor José María Bucheli, en cuenta corriente, por la suma de \$ 5 000 plata, suma que el doctor Bucheli podía retirar del Banco por medio de cheques, en el plazo de diez meses, debiendo abonar dicha suma en el mismo plazo. Según esto, no parece que se hubiera establecido la reciprocidad de las remesas exigidas por el Código de Comercio. Y esto es tan cierto, que no hay la posibilidad de suponer que el Banco pudiera haber remitido, a su arbitrio, valores o efectos a su corresponsal Bucheli. Este es el único que tiene la calidad de remitente y el Banco sólo es un depositario de la suma prestada. Esa calidad de depositario resulta de la obligación en que, por el hecho de haber abierto el crédito, el Banco se encontraba de mantener a la orden de Bucheli la suma acreditada o el saldo no girado aún. Esta obligación de tener a la orden es esencialmente contraria a la cuenta corriente de que se ocupa el artículo 730 del Código de Comercio.' La Corte es de concepto que el Tribunal acierta en la calificación del referido contrato, el cual, como bien lo dice el sentenciador, tiene elementos que no se amoldan al de cuenta corriente, de que trata el título noveno del Código de Comercio. Basta, pues, considerar que no hay reciprocidad en las remesas, y que el Banco tenía la obligación de mantener en depósito a la orden

(1) La cuantía para el recurso de casación la señala hoy el artículo 519 del nuevo Código Judicial.

Págs.

del doctor Bucheli la suma prestada, para que él la fuera retirando por medio de cheques, lo que se opone a la naturaleza de la cuenta corriente, conforme se desprende de lo que preceptúa el artículo 730 del Código de Comercio. Ya esta Corte en caso análogo había resuelto el punto de acuerdo con el concepto del Tribunal, acogiendo la misma transcripción que éste hace en su sentencia de los claros comentarios del profesor Vivanti en su *Tratado de Derecho Mercantil*, y que dicen: 'Hay apertura de crédito cuando un comerciante, por lo regular un banquero, se obliga a suministrar a su cliente las sumas que necesite, y éste a su vez se obliga a restituírselas aumentadas por los intereses y los derechos de comisión debidos por aquel servicio. Por lo común se fija un límite a la duración del contrato y a la suma total del crédito, mientras el cliente conceda al banquero una garantía hipotecaria o una fianza hasta aquel importe. A veces se otorga al cliente la facultad de hacer reembolsos parciales con los que puede cancelar en todo o en parte las remesas que se le hicieron, y gozar nuevamente por entero del crédito, reducido naturalmente por el uso que de él había hecho. En este caso se dice que tiene crédito abierto en cuenta corriente. La semejanza del nombre y el cruce de las remesas no deben hacernos creer que hay entonces un contrato de cuenta corriente, puesto que falta el requisito esencial de él, o sea la recíproca concesión del crédito. Aquí un banquero no tiene derecho de hacer envíos al cliente cuando le plazca y acreditarse de ellos; sólo el cliente, que es dueño del negocio, puede exigir remesas, cuando lo necesite. Estas remesas pueden hacerse en diversas formas, con el descuento de letras de cambio, con el pago de cheques, con el pago de moneda corriente; y el banquero debe satisfacer el pedido, mientras no esté agotada la suma convenida. El cliente deberá reembolsarla por completo en el terreno estipulado, además de los intereses y de los derechos de comisión, que corresponden al banquero, tanto por la apertura del crédito, como por cada una de las remesas en particular.' (Véase sentencia de la Corte, de fecha 9 de septiembre de 1929).» (1). (Casación, xxxix, número 1881, septiembre 12 de 1931.....)

278, 1ª
y 2ª

CULPA CIVIL. 75—Francisco García demandó a la Compañía de Energía Eléctrica de Honda para que se la condenase a pagarle los daños que se le causaron con una descarga eléctrica que sufrió y los perjuicios resultantes de

Págs.

la invalidez vitalicia originada a consecuencia de la conmoción eléctrica. Contra la sentencia que condenó a la Compañía, revocatoria de la del Juez, recurrió en demanda de casación la parte demandada alegando errónea interpretación de la ley sustantiva, y para ello se fundó en que para que un hecho pueda castigarse, es menester que sea voluntario y libre, en armonía con la escuela clásica; en que a la Compañía no le era imputable el daño que hubo en la instalación eléctrica de la casa de García y que, por tanto, no estaba obligada a pagar perjuicios, y en que se habían aplicado erróneamente los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, disposiciones que consagran la responsabilidad por la culpa aquiliana, siempre que sea imputable.

«Se considera: Los dos primeros puntos, concernientes a la imputabilidad, a la voluntad y malicia en la ejecución del hecho, están resueltos por la ley y la jurisprudencia. Según el artículo 34, inciso 4º, Ley 57 de 1887, 'si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa.' Entre otras fuentes de las obligaciones, el artículo 1494 del Código Civil señala las que nacen 'a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona.' De acuerdo con las disposiciones citadas, la culpa civil da derecho para pedir indemnización, aun cuando no haya habido voluntad y malicia. La Corte Suprema, inspirada en el texto de la ley y en altos principios de justicia social, ha establecido la doctrina de que la 'culpa civil o cuasidelito es un hecho ejecutado o no con voluntad y malicia, que ha inferido daño a otro, quien tiene derecho a indemnización.' (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo I, número 1054). 'Las entidades de derecho público (como el Gobierno), y las personas jurídicas, no son capaces de cometer los delitos o culpas que caen bajo la sanción del Código Penal, pero sí lo son de cometer culpas civiles, no ellas sino sus agentes o representantes legales, y por tanto, son responsables de los perjuicios que causen a las personas contra quienes se cometan.' (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo II, número 614). Dice el recurrente que se aplicaron erróneamente los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, disposiciones que consagran la responsabilidad por la culpa aquiliana, siempre que sea imputable. Atrás se demostró que la culpa civil genera la obligación de pagar perjuicios, haya o no voluntad y malicia. 'El título 34 del libro 4º del Código Civil (sobre responsabilidad por los delitos y culpas) no se refiere solamente a las culpas de carácter criminal, sino a toda especie de culpas; pues varias de sus disposiciones tratan de culpas meramente civiles.' (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo I, número 1056 bis).»

(1) Concordancia: (Casación, xxxvii, número 1852, septiembre 9 de 1929, 128 y 129.

Págs.

(Casación, XXXIX, número 1883, febrero 2 de 1932) (1). 459, 1ª y 2ª

- 76— Fue demandada la Compañía de Energía Eléctrica de Buga para que se la condenara al pago de una suma de dinero como consecuencia de los perjuicios causados por la muerte de un individuo que falleció electrocutado. En demanda de casación contra la sentencia que condenó a la Compañía alegó el recurrente error de derecho en la apreciación de unas pruebas que sirvieron al Tribunal para la condenación a lo pedido en la demanda.

«En el expediente existen las declaraciones de Tomás Lozano y Luis Ignacio Campo, quienes declaran que ellos ocurrieron a llamar un empleado de la Compañía para que se remediara el daño, y que no fue posible encontrarlo, porque la oficina de la planta, en la ciudad de Buga, se encontraba cerrada a esas horas, y que habían llamado varias veces a la planta por teléfono, y que allí nadie respondió. Otros testigos declaran que transcurrió un espacio de tiempo mayor de una hora entre la ruptura del alambre y la reparación de la línea. Hechos éstos comprobados que le acarreen a la Empresa responsabilidad por la negligencia en la reparación de las líneas conductoras de la energía eléctrica. La Corte ha resuelto en jurisprudencia constante que las personas jurídicas, que no son capaces de cometer delitos o culpas que caigan bajo la sanción del Código Penal, sí pueden cometer culpas civiles, no ellas propiamente, sino sus agentes o representantes legales, y, por tanto, son responsables de los perjuicios que esos agentes o representantes les causen a terceros. También ha decidido que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, ya se trate de culpa contractual, ya de culpa aquiliana.» (Casación, XXXIX, número 1884, marzo 17 de 1932). 556, 1ª

CUESTIONARIO. 77—Se atacó en casación el fallo de un Tribunal por haber dejado pasar inadvertida la circunstancia de que el cuestionario por homicidio propuesto al Jurado no contenía las palabras «voluntaria o intencionalmente.»

«En lo tocante al hecho que constituye la principal consideración del señor Procurador en su vista, y la solicitud que formula en consecuencia, la Corte sí tiene sentada, con toda claridad y nitidez, doctrina al respecto, desde mil novecientos veintiocho. En efecto: en fallo de catorce de mayo del año citado, que corre publicado en la *Gaceta Judicial* número 1813, de diciembre 10 de 1929, página 344, al tratarse de un caso similar al presente—el de Baltasar Monsalve R. por homicidio,—en que se adujo

Págs.

también la circunstancia de no contener el cuestionario la expresión indicativa de ser responsable el acusado *voluntaria o intencionalmente*, de haber dado muerte a Carmen Rosa Castaño, se dijo lo siguiente respecto del interrogatorio propuesto al Jurado: 'No puede negarse que este interrogatorio es algo defectuoso en su redacción, y, por lo mismo, hay necesidad de interpretarlo en busca de su verdadero sentido. Interpretación que tiene el Juez de derecho, desde luego que el Jurado solamente soluciona cuestiones de hecho, que necesitan calificarse ante el derecho y ante la ley por quien tiene facultad para hacerlo. Ciertamente que no se consignó en él la frase sacramental 'intención de dar muerte o matar,' que por otra parte no la emplea el Código Penal al hablar del homicidio voluntario, pero en cambio sí se estamparon expresiones que contienen y reemplazan ese elemento. En efecto: decir que el acusado Baltasar Monsalve R. es responsable de haberle hecho varios disparos con los cuales le causó dos heridas a Carmen Rosa Castaño, voluntariamente'; y que 'esas heridas causaron la inmediata muerte de la víctima,' como reza el cuestionario, es reconocer una necesaria relación de causalidad imputable al agente, entre los disparos, las heridas y el homicidio que de ellas resultó; es precisar la dirección de la voluntad hacia la realización de un fin determinado (la muerte de Carmen Rosa Castaño), poniendo los medios adecuados para producirlo: los disparos y por consecuencia de ellos, las heridas), o sea lo que en ciencia penal se denomina intención criminal, dolo específico o *animus occidendi*. De suerte que, como lo anota el señor Procurador, 'un defecto gramatical, por más que se utilice, jamás será poderoso a estrangular la justicia, obligando a quienes la administran a ver blanco lo que es negro ante sus ojos.' Y en fallo de veintidós de noviembre del propio año de mil novecientos veintiocho, que corre publicado en el número 1827 de *Gaceta Judicial*, de junio 30 de 1930, página 80, acaso en forma más neta y precisa, se sentó esta misma doctrina, en los siguientes términos: "El recurrente sostiene que la absolución se impone por no haberse incluido tampoco en los cuestionarios la voluntariedad, y no tratarse, en consecuencia, de un homicidio voluntario, ni de ninguno de los que define la ley penal, dada la forma en que fue redactado el interrogatorio. En el cuestionario no se incluyó, en realidad, lo de la voluntariedad en el homicidio, como siempre se acostumbra, y como en general debe procederse para mayor claridad y conve-

(1) Concordancias: números 1026, 1028, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

niencia; esa omisión constituye otro desacierto del Juez y del Tribunal, pero ella no alcanza a quitarle al homicidio el carácter de voluntario, tal como aparece el veredicto. En efecto: sobre la voluntariedad existe una presunción de carácter general para todos los delitos, y que se acata porque está de acuerdo con el proceder humano, en que la regla es que el hombre, una vez desenvueltas sus facultades, se conduce de ordinario con conciencia de lo que hace, y mucho más tratándose de actos tan importantes como son aquellos que la ley define y sanciona como delitos. Al declarar el Jurado, como declaró, que el acusado era *responsable* de haber dado muerte a José Eulogio Jojos, ese *responsable* envuelve la voluntariedad con que procedió, la cual no fue desvirtuada por la defensa, hasta lograr una contestación en sentido contrario o distinto por los Jueces de conciencia. No sucede lo mismo con la presunción de premeditación que consagra el artículo 585 mencionado, ya porque su alcance no tiene la misma generalidad de la consagrada en el artículo 2º del Código Penal, ya porque no es lo natural, ni lo ordinario, que el hombre premedite para matar, y así, no es lógico ni razonable que los casos de excepción, y precisamente los más graves, puedan elevarse a la categoría de presunción. Pero como el Código sí la ha reconocido como tal, es necesario, como se dejó explicado con amplitud en las transcripciones que de otros fallos se hicieron al tratar de asuntos análogos, y con el fin de evitar absurdos, injusticias y arbitrariedades, que si bien en determinados casos puede el Juez de derecho hacer uso de esa presunción en el auto de proceder, los elementos que ella contiene tienen que ser materia de interrogatorio expreso al Jurado, debiendo dictarse la sentencia 'en conformidad con su veredicto,' como lo dispone el artículo 49 de la Ley 169 de 1896.' Aquí podrían agregarse otras apreciaciones a los apartes que se han transcrito de los fallos citados, a fin de acentuar más extensamente la doctrina expuesta. Pero como allí se consigna ésta con la sobriedad y fuerza jurídicas que deben ser las características de las sentencias judiciales, no precisa añadir nada más, ya que lo dicho es suficiente para no aceptar la tesis del señor Procurador.» (Casación, xxxix, número 1883, febrero 26 de 1932)..... 512, 1ª y 2ª

D

DECLARACION DE HEREDERO. 78—Los padres de un individuo que pereció atropellado por un ferrocarril demandaron la correspondiente indemnización de perjuicios en juicio que ga-

Págs.

naron en ambas instancias. Contra la sentencia del Tribunal recurrió la Compañía del Ferrocarril en demanda de casación, alegando que no apareciendo de autos la declaración de herederos de los actores, se había violado el artículo 248 de la Ley 105 de 1890.

«En oposición a este cargo conviene reproducir aquí lo dicho por la Corte en casación de veinte de agosto de mil novecientos veinticinco: 'Que el carácter de heredero de una persona no se adquiere por la declaración judicial que se haga de ese carácter, sino por el hecho de la defunción del *de cujus*, que lo haya instituido tal, sin condición, o que por los lazos de la sangre se halle en el caso de ser considerado heredero.' (Gaceta Judicial, tomo xxxi, 347, 2ª). El que promueve una acción, aduciendo su carácter de heredero legítimo, debe justificar ese hecho con las pruebas demostrativas de su parentesco con el difunto, que no son otras que las correspondientes actas del estado civil, o las pruebas supletorias de tales documentos, mas no está obligado a probar que no hay otros herederos de grado más próximo que el de él, pues como viene dicho, en tal caso es al demandado a quien corresponde probar que hay otro u otros de mejor derecho, si tiene interés en ello.» (Casación, xxxix, número 1881, agosto 25 de 1931) (1)..... 254, 1ª

DECRETO ACUSADO SOBRE REBAJA DE PENSIONES EN LOS RAMOS POSTAL Y TELEGRÁFICO. 79. Como inconstitucional, por violatorio de los artículos 31 y 32 de la Constitución Nacional, fue acusado el Decreto número 2110 de 30 de noviembre de 1931.

«Para resolver el punto hace la Corte las siguientes consideraciones: Con posterioridad a la expedición del Decreto acusado vino el legislador y expidió las Leyes 2ª y 21 de 1932, que reglamentaron íntegramente lo referente a la Caja de Auxilios de los ramos Postal y Telegráfico, la primera de las cuales, por virtud de lo dispuesto en su artículo 21, fue a su turno reglamentada por medio del Decreto ejecutivo número 1209 de fecha 5 de diciembre del mismo año. Esa Ley 2ª de 1932, después de establecer cuáles son los fondos que forman la Caja de Auxilios del ramo, el personal que la integra, el manejo de los primeros, el procedimiento que debe seguirse para obtener la pensión, las condiciones requeridas para que sea decretada, los empleados que tienen derecho a ella, etc., dijo por su artículo 16, lo siguiente: 'El em-

(1) Concordancia: número 1842, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.» Que el actor en casos tales no está obligado a probar que no hay otros herederos, lo que sería una prueba negativa, es doctrina seguida también por los Tribunales, como puede verse en la «Jurisprudencia de Latorre,» número 214.

Págs.

pleado que comprobare (30) o más años de servicio, sin que en ninguna ocasión se le hubiera separado por causa de mala conducta, tendrá derecho a retirarse de su empleo con una pensión de jubilación, equivalente a la mitad del promedio mensual de las asignaciones que hubiere devengado durante el servicio anterior a la presentación de la solicitud, pero esta pensión no podrá exceder en lo futuro de sesenta pesos (\$ 60) mensuales. Por el artículo 23 dijo que quedaba derogada la Ley 82 de 1912, que es una de aquellas en que se apoya el demandante; el artículo 6º de la Ley 99 de 1923, el artículo 5º de la Ley 13 de 1925 y todas las demás disposiciones que fueran contrarias a dicha Ley 2ª. Posteriormente vino la Ley 21 de 1932, que estableció en su artículo 3º lo siguiente: 'Rebájase en un veinte por ciento (20 por 100) la cuantía de las pensiones de jubilación reconocidas o que reconozca la Caja de Auxilios de los ramos Postal y Telegráfico, y en un veinticinco por ciento (25 por 100) los demás auxilios de la mencionada Caja. Exceptúanse de esta rebaja las pensiones de veinte pesos (\$ 20) o menos,' y por el artículo 4.º dijo esto: 'El valor de las pensiones en el ramo de Correos y Telégrafos no podrá ser mayor de ochenta pesos mensuales.' El 3.º de la Ley 153 de 1887 reza así textualmente: 'Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.' El artículo 71 del Código Civil dice que la derogación de una ley puede ser expresa o tácita; que será lo primero cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua, y tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. Aplicando los anteriores principios legales, se deduce que el Decreto acusado no tiene hoy existencia, porque la disposición que rige es la consignada en esos artículos 3º y 4º de la Ley 21, en lo que al monto y cuantía de las pensiones de jubilación otorgadas por la Caja de Auxilios y Recompensas se refiere, y si ello es así, como lo es, carece de objeto entrar en el análisis de los fundamentos de la demanda, ya que el Decreto en referencia ha dejado de existir, y la ley que fijó el valor de las pensiones que se reconozcan en lo futuro o que hubieran sido reconocidas, no ha sido acusada en este juicio.» (Corte Plena, xxxix, número 1882, julio 26 de 1932).....

315, 2ª,
y 316,
1ª

Págs.

DECRETOS LEGISLATIVOS ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES. 80—Fueron acusados como inconstitucionales los artículos 1.º a 6.º del Decreto legislativo número 2 del 19 de enero de 1906, 4.º del Decreto legislativo número 37 del 10 de julio de ese año y 2.º del Decreto legislativo número 48 del 14 de septiembre del mismo año, aquéllos sobre requisitos que deben cumplir las sociedades o compañías domiciliadas fuera del país, y que tengan empresas de carácter permanente en el territorio de la República, y el último sobre levantamiento del estaco de sitio. Aseveró el actor que esos Decretos eran contrarios al artículo 121 de la Constitución.

«El fundamento de la acusación que se formula a los Decretos legislativos números 2 y 37 de 1906, es el de ser violatorios del artículo 121 de la Constitución, por estimar el demandante que los referidos Decretos rebasaron las facultades que el mencionado texto constitucional confería al Presidente de la República mediante la declaración de turbación del orden público en toda la República o parte de ella, debido a que las medidas tomadas en aquellos Decretos no eran en concepto del demandante necesarias para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Empero, como el artículo 121 citado fue subrogado por el 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, y la parte del primero de estos textos en que se basa la acusación, o sea la referente a que las facultades del Presidente de la República en los casos de declaración del estado de sitio tienen por objeto la defensa de los derechos de la Nación, o la represión del alzamiento, no fue reproducida en la disposición reformativa, la referida parte ha quedado insubsistente. La misión defensora de la Constitución confiada a la Corte por la enmienda constitucional del año diez, se refiere naturalmente a aquellos cánones de la Carta vigentes a la fecha en que la guarda de éstos haya de ejercerse. Las disposiciones derogadas, ora expresa, ora tácitamente, no formando ya parte del Estatuto, no tienen observancia, y por lo mismo la función defensora de la Corte no puede comprenderlas. Síguese de lo dicho que no estando vigente hoy la parte del artículo 121 de la Constitución en que se basa la acusación que se considera, no puede ésta prosperar....» (Sentencia, Corte Plena, xxxix, número 1879, mayo 29 de 1933).....

2, 2ª, y
3, 1ª

DELITO. 81—Un Juez le suministró a uno de los sindicados detenidos un brebaje compuesto de la yerba tóxica denominada estramonio, con el fin de dormirlo y obtener de él revelaciones sobre la ejecución de un homicidio. Sumariado por el envenenamiento que ocasionó la poción al que la tomó, manifestó el Juez que no fue él quien la suministró al preso. Caso; que su asistencia a ese acto se debió a la muy sana intención de descubrir al autor.

Págs.

del homicidio ejecutado en Isaac Otero, y lo que se llevó a cabo había sido por exigencias de terceros; agregó que pudo escogerse para el ensayo a cualquiera otro preso o persona distinta de los detenidos.

«El fin más o menos noble con que se ejecute una acción delictuosa, podrá servir, llegado el caso, y en su debida oportunidad, para calificar el grado de la responsabilidad, y buscar la más acertada individualización de la pena; mas la bondad de esa intención o móvil alegada por el sindicado, no es suficiente para quitarle al hecho el carácter de delictuoso, pues si así fuera, la mayor parte de las acciones criminosas serían excusables y quedarían sin sanción.» (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, xxxix, número 1879, noviembre 11 de 1931)....

79, 2ª

DENUNCIACION DEL PLEITO. 82—Se alegaba como motivo de casación de una sentencia proferida en juicio de reivindicación, que habiendo comparecido el vendedor del demandado por denuncia que éste le hizo del pleito, debió el actor reformar su demanda para dirigirla contra el denunciado a fin de que fuese absuelto o condenado en el fallo.

«Si ese es el concepto del autor del recurso, está en un error, pues lo que dice el artículo 1899 del Código Civil es que el comprador a quien se demanda la cosa vendida por causa anterior a la venta, deberá citar al vendedor para que comparezca a defenderla; lo que quiere decir que justificada la denuncia y aceptado como parte el vendedor, a él se le oye para la defensa de la cosa vendida; pero el fallo tiene que recaer necesariamente sobre el demandado poseedor de la cosa que se reivindica.» (Casación, xxxix, número 1881, septiembre 2 de 1931).....

262, 1ª

DERECHO ADQUIRIDO. 83—En un juicio de oposición a la adjudicación de un terreno como baldío se alegó por el recurrente en demanda de casación que el Tribunal había incidido en error de hecho al apreciar que cuando uno de los vendedores del terreno expuso que transfería la propiedad cuya adjudicación apenas se había solicitado, sólo tenía en tal terreno una expectativa de derecho.

«Tampoco se advierte aquí el error evidente de hecho, pues, como acaba de decirse, la resolución del Consejo no era el título definitivo, y no siéndolo, aún le faltaban a Pascual Aguirre unos actos (la obtención del título definitivo y su registro), con el fin de que su derecho fuera completo y adquirido. Analizando la noción de derecho adquirido, en contraposición a la expectativa de derecho, ha declarado la Corte Plena que cuando la ley exige una serie de actos sucesivos para la obtención de un derecho, éste no se adquiere mientras tales actos no se hayan realizado en su totalidad (sentencia en la demanda sobre irrequisibilidad de la Ley 84 de 1927 y

Págs.

el Decreto número 150 de 1928). Además, el error de haberlo, sería de derecho y no de hecho.» (Casación, xxxix, número 1881, agosto 31 de 1931).....

257, 2ª

DESLINDE. 84—Habiendo casado la Corte la sentencia de un Tribunal en juicio de oposición a un deslinde por haberle atribuido fuerza de plena prueba a las enunciaciones hechas en una escritura pública relacionadas con terceros, para fallar en instancia, sentó la siguiente doctrina:

«Ahora bien, es evidente que habiendo oscuridad en los títulos, o mejor dicho, no dando luz ninguna los títulos presentados en el juicio de deslinde, es preciso atenerse a la posesión como dato para determinar la raya divisoria, y a otros elementos del proceso. Así lo ha resuelto esta Corte en varias decisiones. (Véanse sentencias de 30 de agosto de 1919, tomo xxvii, página 173, y la de 6 de octubre del mismo año, tomo citado, página 321, columna 3ª.)» (1) (Casación, xxxix, número 1883, febrero 26 de 1932).....

497, 2ª

— 85—En un juicio de contradicción a un deslinde efectuado alegó el recurrente en demanda de casación de la sentencia del Tribunal, que se había incurrido en error de derecho al apreciar una escritura pública, pues aseveró que la declaración hecha de que uno de los predios lindaba por determinados puntos cardinales con el otro, atribuyéndole así efectos contra el recurrente, no podía hacer variar los linderos de su predio, según sus títulos de propiedad.

«.... Tratando especialmente del efecto respecto de terceros de los asuntos de deslinde, ha declarado la Corte: 'La alinderación de la finca que se enajena es la determinación más precisa de la cosa vendida, y hace parte, por lo mismo, de las condiciones del contrato. Desde entonces las declaraciones que al respecto hagan los contratantes en el instrumento de compraventa, hacen fe respecto de todos, mientras ese título no sea atacado y subsista.' La naturaleza y efectos del juicio de deslinde entre dos propiedades, exigen necesariamente la contraposición de títulos presentados por los interesados, los cuales, según el artículo 1310 del Código Judicial, son los que deben servir de base preferentemente al Juez para la determinación de la línea divisoria. Y por esta razón ha declarado también la Corte que «cuando los linderos que separan dos fincas difieren unos de otros en las diversas escrituras de transmisión, no puede decirse que el Tribunal incurre en error de hecho evidente, al aceptar los linderos de algunas de esas escrituras.» (Casa-

(1) Concordancias: número 1246, tomo 3.º, «Jurisprudencia de la Corte.»

ción. xxxix, número 1881, octubre 19 de 1931).....

Págs.

296, 1ª

DIA FERIADO. 86—Para que no se le aplicase la sanción del artículo 122 de la Ley 105 de 1890, sostuvo un recurrente ante la Corte que de los días corridos debía descontarse el 31 de octubre en razón de la Ley 124 de 1928, que erigió en fiesta cívica la del ahorro.

«La base de esta petición es, según se ve, la identidad que, en sentir del solicitante, existe entre *día feriado* y *día de fiesta cívica*. *Día feriado*, según la definición que da el Diccionario de la Lengua, tiene una acepción peculiar al servicio del ramo Judicial, y es equivalente a la que en Derecho Romano tenían los días denominados *nefasti*, aplicable también al ramo Judicial: 'Día en que están cerrados los Tribunales, y se suspende el curso de los negocios de justicia,' definición ésta que no es sino versión castellana de la de Varro, de los días nefastos: '*Vocantur dies nefasti per quos dies nefas fieri praetorem: do, dico, addico; itaque non potest agi.*' En el lenguaje vulgar suele no darse esta acepción técnica a la frase sustantiva *día feriado*, sino que se la confunde con la de *día de fiesta*. Ahora, los días feriados *strictu sensu*, según nuestra legislación (artículo 14, Ley 100 de 1892) (1), obedecen, así como en Derecho Romano, a un motivo altamente espiritual; cesan las labores judiciales, no a guisa de solaz o diversión, sino porque coinciden los días de fiestas eclesiásticas o nacionales, los cuales están consagrados al honor de la Divinidad o a los héroes de la tierra, y 'aquéllos exigen que se les santifique, sobre todo absteniéndose de toda querella, de todo proceso.' Y los días feriados obedecen también a una necesidad biológica, que demanda descanso a la inteligencia y al cuerpo, tras larga y empeñada tarea de los funcionarios del orden judicial. Ahora, la fiesta cívica establecida por la Ley 124 de 1928, según el modificativo con que se le califica—cívica—está destinada al descanso de las personas privadas, mas no a los funcionarios públicos en relación con sus deberes oficiales; pues si así no fuera, el legislador habría constituido el 31 de octubre como fiesta nacional, la cual, por ser tal, tornaba en feriado aquel día, en virtud de lo dispuesto por la dicha Ley 100. Por otra parte, como el punto de derecho de si el 31 de octubre es o nó día feriado abarca todos los ramos de la Administración Pública, él ha sido decidido por el Poder Ejecutivo Nacional en resolución comunicada a los Gobernadores en Circular número 2063, de fecha 22 de octubre de 1930, en el mismo sen-

tido que expresa este auto.» (Auto, xxxix, número 1879, mayo 26 de 1931).....

Págs.

42, 2ª
y 43,
1ª

DICTAMEN PERICIAL. 87—«Ya se ha resuelto por la Corte que el hecho de que los peritos no hayan practicado juntos la diligencia, no le quita al dictamen el carácter probatorio, ni se comete error de derecho al apreciarlo. (*Gaceta Judicial*, tomo XXII, página 338, 1ª.)» (Casación, xxxix, número 1879, mayo 6 de 1931).....

23, 1ª
y 2ª

— 88—«De acuerdo con el artículo 79 de la Ley 105 de 1890, el Juez no está obligado a aceptar la exposición pericial, porque ella de por sí no es plena prueba, salvo la excepción del artículo 80 de la misma ley.» (Casación, xxxix, número 1884, abril 7 de 1932).....

575, 1ª

— 89—Demandados Jorge y Epímaco González por el doctor Jorge Arizabaleta en juicio de rescisión por lesión enorme, interpusieron casación contra la sentencia que declaró lo pedido en la demanda y alegaron, entre otros motivos, la violación del artículo 656 del antiguo Código Judicial, ora fuese porque uno de los peritos que dictaminaron sobre el valor de la finca vendida no la paseó a tiempo del contrato de venta, ora porque todos los peritos no practicaron juntos la diligencia de avalúo.

«...Por el contexto del dictamen se comprende que el perito M. Augusto Vernaza no estuvo en la finca que había de ser avaluada, ni solo ni en asocio de sus colegas. Allí se dice que el expresado señor *conoció y paseó* desde antes del mes de junio de 1924 esa finca, con lo cual se da a entender inequívocamente que no se trasladó a ella en los días anteriores a aquel en que fue rendida la exposición; y esto era indispensable, en sentir de la Corte, para que el perito pudiera cumplir el precepto legal de investigar la realidad de las cosas. No es lo mismo conocer una hacienda durante las horas de un paseo, que examinarla de propósito, con el fin de emitir un parecer sobre ella ante la autoridad. Luego el dictamen de que se trata no contiene, en lo que mira a Vernaza, el resultado de un examen inmediato, o siquiera reciente de la finca, y de aquí que el concepto pericial no pueda ser acogido sin contrariar lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 656 del Código Judicial (1). Por este aspecto procede el cargo. No así por el otro, consistente en que los peritos no practicaron juntos la diligencia, pues si Vernaza hubiera examinado la finca individualmente antes de rendir el dictamen, éste sería

(1) Artículo 353 del nuevo Código Judicial.

(1) Hoy el artículo 716 de la Ley 105 de 1931.

Págs.

admisible. El que los peritos no hayan practicado la diligencia juntos, ni hayan extendido su dictamen en una sola declaración, como lo prescribe el artículo 656 del Código Judicial, son omisiones que constituyen una simple informalidad, de suyo insuficiente para invalidar el dictamen pericial. Así lo ha declarado la Corte en varias sentencias de casación, como la de 28 de junio de 1919 (tomo xxvii de la *Gaceta Judicial*), y la de 31 de julio de 1914 (tomo xxiv).» (1) (Casación, xxxix, número 1881, julio 22 de 1931).....

222, 1ª

DOCUMENTOS. 90—En el juicio ordinario que siguió Andrés García contra su hijo Andrés Avelino García sobre pago de una suma de pesos como valor en que estimó una accesión, y en que el demandado fue condenado por la sentencia del Tribunal de Pereira, se alegó en la demanda de casación que interpuso contra la sentencia, error de hecho en la apreciación de una escritura pública, consistente en que fue apreciada como prueba habiéndose acompañado a los autos después de contestar la demanda sin prestar el juramento que prescribía el artículo 946 del antiguo Código Judicial.

«Se advierte: quien acompañó como prueba la escritura mencionada, fue el mismo demandado, escritura que se mandó tener como prueba por auto que está ejecutoriado, sin que a ese auto le haya hecho reparo alguno el señor García (hijo), por no haberse prestado el juramento prescrito por el artículo 946 del Código Judicial. Ahora, no es indispensable ese juramento para estimar como prueba los documentos traídos al juicio sin ese requisito. Así lo tiene resuelto esta Corte en varias decisiones.» (Casación, xxxix, número 1879, mayo 22 de 1931)

40, 1ª

«Cita la Corte en apoyo de su doctrina las sentencias de casación de 12 de diciembre de 1912, tomo xxii, 219, 2ª; octubre 9 de 1909, tomo xxv, 255, 1ª, y 22 de febrero de 1916, tomo xxv». 239, 2ª (1) (2).....

40, 1ª

DONACION. 91—En un juicio sobre oposición a la división de un terreno que el actor había reputado común, se alegaba en casación que la donación fideicomisaria del terreno había sido aceptada, contra el parecer del Tribunal sentenciador, tácitamente, como se inducía del hecho de haber arrendado el terreno la donataria después de habersele donado.

«El recurrente estima que ha sido quebrantado el artículo 1468, porque Rosalía Rocha aceptó la donación mediante los ya citados arrendamiento y testamento. No entra la Sala a estudiar—por ser ello inútil—si es admi-

Págs.

ble la aceptación tácita de la donación, significada por actos que la den a entender. Lo importante es inquirir si es válida la aceptación expresa o tácita hecha después del fallecimiento del donante, y la Sala piensa lo mismo que el Tribunal al respecto. Si la donación es un contrato, como lo sostiene la jurisprudencia, debe haber en ella concurrencia de voluntades, y semejante concurrencia ya no puede producirse después de la muerte del donante. Esto lo ha resuelto la Corte en casos de donaciones puras y simples, como puede verse en el número 813 del tomo 2.º de su *Jurisprudencia*, y la doctrina es extensiva a las donaciones fideicomisarias, porque el título de éstas es la donación entre vivos, y ha querido la ley aplicarles sobre el particular las disposiciones referentes a la aceptación y notificación, según se deja expresado.» (Casación, xxxix, número 1884, marzo 7 de 1932).....

535, 2ª

E

EJECUCION CON JURISDICCION COACTIVA. 92—Se segula un juicio ejecutivo con jurisdicción coactiva basado en los duplicados de unos memorándums pasados por un Administrador de Aduana al Cajero de la misma y por el Administrador al Juez de Rentas. Por las observaciones que estaban al pie de esos documentos se comprendía que las cantidades de dinero que en ellos figuraban provenían de multas impuestas por la Contraloría General de la República a los ejecutados, por malas declaraciones en los artículos que introdujeron y que causaron el pago de derechos de Aduana.

Como fundamento de su auto transcribe la Sala de Negocios Generales de la Corte la opinión del Procurador, el cual dice lo siguiente:

«Conceptúa esta Procuraduría que esos memorándums escuetos no son suficientes para sustentar un mandamiento ejecutivo, por estas razones: 1ª Porque en la mayor parte de ellos se trata de imposiciones de multas por erróneas o deficientes declaraciones hechas por los introductores, y en ese caso para que prestaran mérito ejecutivo, han debido acompañarse las copias de los decretos en que se impusieron esas multas, de acuerdo con lo dispuesto por el ordinal 3º del artículo 1096 del Código Judicial (1), que al enumerar los documentos que prestan mérito ejecutivo dice: 'Las copias de los decretos que, en ejercicio de sus funciones, expidan los funcionarios públicos imponiendo multas que deben ingresar al Tesoro.' Y no basta eso. Es preciso también que aparezca la constancia de

(1) Concordancia con esta última doctrina de la Corte, número 767, «Jurisprudencia de la Corte,» tomo 2º

(2) Concordancias: números 796, 798, 1345, 1418, 2067, tomo 2º «Jurisprudencia de la Corte,» 1369, 1370, 1375, 2186, 2187, 2188, tomo 3º

(1) Artículo 1059 del nuevo Código Judicial.

Págs.

Págs.

que al responsable se le han notificado esas multas. 2ª Porque, además, esos memorándums no tienen el carácter de un verdadero reconocimiento hecho por el Administrador de la Aduana a cargo de los deudores, de acuerdo con lo dispuesto por el ordinal 2º de la disposición citada, que dice: "Las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores del Fisco por rentas o contribuciones." En resumen: han debido acompañarse los decretos o resoluciones en que se impusieron las multas con su debida notificación, y el reconocimiento del Administrador de la Aduana, en que se establece la verdad de la deuda.» (Auto, Sala de Negocios Generales, xxxix, número 1882, agosto 5 de 1931).

405, 2ª

ERROR. 93—En un juicio ordinario sobre objeciones a unas cuentas presentadas por el demandado, alegó el recurrente demandante que el Tribunal había incurrido en error de hecho al apreciar unas partidas, pero hizo la acusación el recurrente en forma un poco evasiva y sin las debidas claridad y precisión.

«Ante semejante situación, no puede decirse que es evidentemente errónea la apreciación del Tribunal, y a este respecto ha dicho la Corte que "un error de hecho posible simplemente, mas no evidenciado en los autos, no puede tenerse en cuenta para el efecto de casar la sentencia," y que "cuando la cuestión de hecho apreciada por el sentenciador ofrece dudas, no es posible declarar que hay error de hecho evidente en la apreciación que de ella se haga." (Casación de 31 de mayo de 1911, *Gaceta Judicial*, xix, 346, 1ª), y casación de 9 de julio de 1908, *Gaceta Judicial*, xviii, 357, 1ª).» (Casación, xxxix, número 1883, febrero 15 de 1932).....

478, 2ª,
y 479,
1ª

— 94—Habiéndose obligado el doctor Enrique Mera Llorente como fiador de Néstor Mora en un contrato de preposición mercantil que éste celebró con Julio Bravo, para el caso de resultar debiendo su fiado, se atacó en casación contra la sentencia del Tribunal de Pasto el concepto de éste de que el fiador estaba obligado aun cuando no hubiese intervenido en la liquidación verificada entre acreedor y deudor. Se dijo que el Tribunal había incurrido en manifiesto error de derecho.

«Se observa: caso de que realmente el Tribunal hubiera incurrido en error al estimar la prueba resultante del contrato de 1916, y en errónea interpretación del contrato por lo que hace a la naturaleza y extensión de las obligaciones que contrajo Mera Llorente, tal error tendría que ser de hecho, o podría dar lugar a una acusación por violación directa de ley sustantiva, mas no por error de derecho, toda vez que, como lo tiene

establecido la Corte, "éste no tiene cabida sino en el caso de que en la estimación de las pruebas con las cuales se ha pretendido demostrar un postulado cualquiera, se haya contravenido al valor que la ley asigne a dichas pruebas." (Casación de 9 de julio de 1922, *Gaceta Judicial*, tomo xxix, página 175, c. 2ª).» (Casación, xxxix, número 1880, julio 2 de 1931).

174, 2ª

ERROR. 95—Las demandadas en un juicio sobre resolución de un contrato de venta por pretendida falta de pago del precio, confesaron que no habían pagado el precio, pero dos de ellas agregaron que cada una había pagado su parte de cuatro mil pesos en el total de doce mil pesos de la venta. Sostenía el recurrente que el Tribunal había apreciado erróneamente la prueba de confesión, pues estimó que no existía la falta de pago del precio.

«Se observa: En más de una ocasión ha dicho la Corte que "no puede encontrarse error de derecho en la apreciación que haga el Tribunal de ser divisible o indivisible una confesión explicada, pues puede decirse que ha quedado a la interpretación o arbitrio de los Jueces la calificación de que el hecho confesado y añadido como explicación al hecho principal, sea separable o inseparable de éste." (Casación de 12 de mayo de 1897, *Gaceta Judicial*, xii, 370, 2ª); (casación de 19 de julio de 1907, *Gaceta Judicial*, xviii, 147, 2ª).— Por otra parte, el Tribunal no ha conceptuado acerca de si la confesión de que se trata es divisible o indivisible, sino que lo que ha hecho es interpretar el contenido de las respuestas dadas a las posiciones arriba transcritas; no es una cuestión de derecho sino de hecho, la que plantea el Tribunal, al conceptuar que "dada la estructura de la pregunta, la respuesta es congruente," pues, "es obvio—dice—que siendo el precio de la compraventa doce mil pesos, no era posible que lo pagara íntegramente cada una de las personas mencionadas en la pregunta," y que "es, por tanto, racional la respuesta negativa de Belarmina y Heliodora, puesto que era un imposible moral que cada una de ellas pagara el precio íntegro. De lo que se sigue que la aclaración fue cuerda, porque tuvo por objeto poner en su punto lo que cada una de aquéllas tenía por verdadero, esto es, que ninguna de las dos pagó el precio total, sino su respectiva cuota, conforme a lo estipulado en la escritura," y que "de acuerdo con lo dicho, tampoco contestó mal Dolores, diciendo que era cierto lo preguntado, porque lo que quiso significar fue que ni ella, ni ninguna de las otras personas incluídas en la pregunta pagó doce mil pesos." Si el recurrente estima que el Tribunal incurrió en error al apreciar en ese

Págs.

sentido las respuestas dadas por las demandadas a las posiciones arriba expresadas, debió acusar por ese error de hecho, no por error de derecho.» (Casación, xxxix, número 1883, febrero 15 de 1932).....

476, 2ª

ERROR. 96—Se alegó contra la sentencia de un Tribunal que decretó la reivindicación demandada, que éste había incurrido en error evidente de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda y de las escrituras que le sirvieron de fundamento, pues ni éstas ni aquélla daban unos mismos linderos al predio reivindicado.

«Se observa: “En derecho de casación—ha dicho la Corte—no es aceptable el cargo de error evidente en la apreciación de una prueba, por el solo hecho de que su fuerza probatoria sea más o menos ocasionada a dudas, sino que es necesario que resulte demostrado con evidencia, de ella misma o de otros comprobantes del proceso, que el juicio del Tribunal es contrario a la realidad de las cosas. Este es soberano en cada apreciación, y mientras no aparezca error evidente en ella, esto es, falsedad indiscutible del concepto, la Corte reguladora tiene que respetarla.” (Casación, 12 de agosto de 1924, xxxi, 104, 1ª) Las discrepancias que anota el recurrente entre la delineación que del terreno que se reivindica hace el libelo de demanda y la que figura en la escritura originaria número 357, no demuestran con evidencia que no es uno mismo el terreno descrito en ambos documentos.» (1) (Casación, xxxix, número 1881, septiembre 24 de 1931).....

287, 2ª

ERROR DE DERECHO. 97—Cuando se alega un error de derecho, fundado en uno de hecho, no puede prosperar la acusación sin demostrar el error de hecho. (Casación, xxxix, número 1880, mayo 30 de 1931).....

120, 1ª

— **98**—En un juicio sobre nulidad relativa de un contrato de compraventa por falta de licencia judicial para la enajenación de un bien raíz de una mujer casada, que se siguió cuando no regía todavía la Ley 28 de 1932, se alegó en el recurso de casación error de hecho en la apreciación de una prueba que consistía en el auto del Juez que concedió una autorización en ese sentido, y que el recurrente dijo haberse usado para un caso que no había sido contemplado en el decreto correspondiente.

«Respecto del primer cargo, que clara y terminantemente lo funda el recurrente en que a la copia autenticada del decreto expedido por el Juez 2º de Medellín el día 23 de noviembre de 1915, se le otorgó por los juzgadores un valor que no tenía, basta su sola enunciación para desecharlo, porque es de derecho y no de hecho el error en que se incurre al dar a de-

Págs.

terminada prueba un valor que no tiene, según la ley, o un valor distinto del que la ley le asigna.” (Casación de 31 de mayo de 1911, *Gaceta Judicial*, xix, 346, 1ª)» (Casación, xxxix, número 1879, mayo 8 de 1931..

31, 1ª

ERROR DE DERECHO. 99—Luis Felipe Marroquín demandó en juicio de reivindicación, entre otras personas, a la herencia ilíquida de Jenaro Rodríguez, representada, dijo, por su cónyuge superviviente Engracia Forero. En demanda de casación de la sentencia del Tribunal de Bogotá alegó el personero de la sucesión que habiendo convenido el Tribunal en que el lote reivindicado había sido adquirido durante la existencia de la sociedad conyugal formada entre Rodríguez y Engracia Forero, la demanda debió dirigirse contra esta sociedad y no contra la sucesión del primero. Critica luego el concepto del sentenciador de que si la demanda se dirigió contra la sucesión, sin que sus representantes hubiesen propuesto tacha alguna y antes bien la contestaron como si la sucesión fuese la poseedora, ésta se ha hecho responsable de la restitución, según los artículos 279 y 280 del Código Judicial anterior. Alegó que se había violado el artículo 279 de ese Código.

«El demandante en el hecho 5º de la demanda hace referencia a los títulos por medio de los cuales los demandados adquirieron los lotes de tierra que son materia de la reivindicación para argüir que tienen una procedencia de cosa ajena. El título número 35 de 22 de febrero de 1904, otorgado en Guaduas, por el cual los esposos Jenaro Rodríguez y Engracia Forero compraron el fundo que se reivindica de la sucesión, fue presentado por la cónyuge Engracia Forero al contestar la demanda primitiva antes de que el actor la reformara concretando su acción al lote de que trata ese título, y allí la demandada expresó que ese lote había sido poseído por ella y por los herederos de su marido Jenaro Rodríguez. Ahora bien, conociendo como conocía ese título el actor, que demuestra el dominio de una sociedad conyugal, hubo error de derecho al demandar a la sucesión ilíquida de Jenaro Rodríguez, que no era la poseedora de la cosa que se reivindica, error que constituye presunción de mala fe, como lo dispone el artículo 768 del Código Civil. Por lo mismo hubo indebida aplicación del artículo 279 del Código Judicial, y debe casarse la sentencia en cuanto condena a la sucesión de Jenaro Rodríguez, al tenor de la demanda.» (Casación, xxxix, número 1881, septiembre 2 de 1931) ...

262, 1ª
y 2ª

ERROR DE HECHO. 100—«Para que una acusación sobre error evidente de hecho en la estimación de una prueba sea eficaz, no basta que respecto de ésta puedan ocurrir sentidos diversos y a las veces contrarios, igualmente racionales y probables, sino que es pre-

(1) Concordancias: números 1436, tomo 1º. «Jurisprudencia de la Corte,» 881, 884, tomo 2º, 1512, tomo 3º

Págs.

Págs.

ciso demostrar que uno de ellos, en razón de las circunstancias que contiene el proceso, es el evidente que excluye los demás.» (Casación, xxxix, número 1884, marzo 3 de 1932).....

530, 2ª

ERROR DE HECHO 101—Se alegaba en casación que no se le había reconocido a una persona el carácter de donataria fiduciaria.

«Si es errónea la apreciación del sentenciador al no reconocerle a la Duarte el papel de fiduciaria, el error sería de hecho en la estimación de las estipulaciones del instrumento; y en tal caso el recurrente ha debido atacar por semejante aspecto, es decir, ha debido acusar y demostrar un error evidente de hecho, del cual se siguieran las infracciones legales que le imputa al fallo recurrido. Ya ha declarado la Corte varias veces que es un error de hecho el que se comete al apreciar malamente la intención de las partes al contratar. (Véanse, por ejemplo, los números 1523 y 1526 del tomo 3º de la *Jurisprudencia*).» (Casación, xxxix, número 1884, marzo 7 de 1932).....

536, 2ª

— 102—Se estableció en un juicio de reivindicación, por medio de una inspección ocular, la identidad del predio reivindicado. El demandado recurrió en casación contra la sentencia acusándola por error de hecho evidente al apreciar el acta de inspección.

«Para que el error evidente de hecho en la apreciación de una prueba pueda prosperar en casación, no basta que sean más o menos probables las tesis que en contrario sostenga el recurrente, sino que es necesario que esa prueba esté contradicha por otra u otras del proceso, o que de ella misma surja, de modo incontestable, el error del Tribunal, o que el concepto de éste vaya contra una verdad evidente de por sí.» (Casación, xxxix, número 1880, junio 30 de 1931). ...

160, 1ª

ERROR EVIDENTE DE HECHO. 103—«El error evidente de hecho existe cuando lo contrario de lo que afirma el sentenciador es claro y manifiesto, de suerte que nadie pueda racionalmente dudar de ello.» (Casación, xxxix, número 1883, diciembre 16 de 1931).....

425, 2ª

— 104—Los herederos de la primera sociedad conyugal formada por el señor Bautista Bravo y la señora Isabel Mejía, demandaron a los herederos de la segunda, formada por aquél y la señora Rosa Herrera, para que se decretase la separación de patrimonios de aquella sociedad, y para que restituyesen a la misma ciertos bienes. En parte ganaron la acción propuesta los actores y recurrieron en demanda de casación de la sentencia del Tribunal, acusando la sentencia por error evidente de hecho en la interpretación dada a la demanda por el Tribunal, el cual dijo lo siguiente: «Se ha pedido que se declare que queda a cargo de la sociedad conyugal Bravo-Herrera la restitución de ciertos bienes. Esto quiere decir que la justicia debe declarar esa obligación, no contra los represen-

tantes de la sucesión de Rosa Herrera, sino contra una sociedad conyugal ya extinguida al tiempo de hacerse la petición..... En el caso que se estudia, la muerte de don Bautista Bravo disolvió su matrimonio con la señora Rosa Herrera, y, como consecuencia, disolvió también la sociedad conyugal. Y así como salta en forma muy clara que no hay quien continúe ese matrimonio disuelto, extinguido, ni quien lo represente, debería saltar la consecuencia de que no hay quien continúe ni represente esa sociedad conyugal. Disuelta ella por la muerte de uno de sus cónyuges, queda sin representante esa sociedad, que no existe más, que por lo mismo ya no es capaz de derechos y obligaciones.....» Dijo el recurrente: «.....Allí (en la demanda) se pidió que las declaraciones se hicieran contra los demandados en referencia, no contra la sociedad disuelta, y lo demandado fue que se decidiera el estar obligada ésta, que es una comunidad, representada por los herederos de cada uno de los cónyuges, a ciertas indemnizaciones y restituciones; el deber anotarse como pasivo de la sociedad conyugal Bravo-Herrera, en los inventarios de los bienes que ésta usufructuó, o de que era responsable, el valor de tales indemnizaciones y restituciones. El Tribunal confundió, pues, el objeto de la demanda con el sujeto de la misma, lo que lo llevó a violar, por no haberlos aplicado, los artículos antes enumerados.»

Dijo la Corte:

«Se considera: El Tribunal reconoce que la acción está bien dirigida, ya que el juicio—dice—se ha promovido “contra los herederos de la señora Rosa Herrera”; pero halló como inconveniente insuperable a su juicio, para no entrar a hacer las declaraciones demandadas, el hecho de exigirse éstas de una sociedad conyugal que, por estar disuelta, no existe, ni puede ser objeto de condenaciones, ni capaz de derechos y obligaciones. A lo cual se observa que estando como están dirigidas las acciones contra los herederos demandados, hay error de hecho evidente en el sentenciador al decir que las declaraciones no se piden contra ellos sino contra la sociedad disuelta, porque si tales herederos son demandados, al prosperar las acciones tienen que ser condenados, aunque no se dijera expresamente. Ahora, como se les demanda en el carácter de herederos de la señora Rosa Herrera, es decir, del comunero que con los demandantes representa la sociedad disuelta, o sea, a esa comunidad de bienes, las condenaciones que se hagan perjudican a dicha comunidad. De ahí que se pida se reconozca que la sociedad conyugal disuelta Bravo-Herrera, que es una comunidad, queda obligada a ciertas prestaciones o restituciones en cabeza de quienes, por lo que hace a Rosa Herrera, representan a dicha comunidad de bienes. Se trata, pues, del caso en que el Tribunal reconoce que existe acción para hacer efectivas las obligaciones de una sociedad disuelta, mediante declaraciones en contra

Págs.

de quienes representan los bienes que habiendo sido de dicha sociedad, o que los manejó y usufructuó, no siendo suyos, están afectos al cumplimiento de sus obligaciones. Si los demandados no representaran a la señora Rosa Herrera, comunera en la sociedad conyugal Bravo-Herrera, ni se hubiera disuelto esta sociedad, habría razón en la tesis del Tribunal; pero habiendo, como hay, la prueba de esos dos hechos, la representan en la comunidad que ha surgido por la disolución de la sociedad conyugal, proveniente del matrimonio de dicha señora con Bautista Bravo. La Corte ha declarado que la sociedad conyugal una vez disuelta degenera en una comunidad, a la cual representan en caso de muerte de uno de los cónyuges o de ambos, el sobreviviente y los herederos del otro, según el caso... y que no porque la sociedad conyugal se disuelva se extinguen sus derechos y obligaciones, y que por tanto, para ejercitar los unos y cumplir las otras, tiene que subsistir la sociedad en liquidación, y con este carácter pueden los herederos de uno de los cónyuges y el sobreviviente, o los de ambos, reivindicar lo perteneciente a la misma sociedad. (*Gaceta Judicial* número 1495). No expresaron los demandantes que se hicieran las declaraciones que piden contra la sociedad conyugal Bravo-Herrera, como comunidad, pero no puede entenderse de otro modo la demanda, porque ellos procedieron a entablarla sobre el hecho comprobado y no negado por las partes, de estar disuelta esa sociedad; luego es lógico deducir que el pensamiento racional y claro de aquéllos fue el de pedir que se hicieran ciertos reconocimientos contra la comunidad en que ha quedado convertida la sociedad conyugal Bravo-Herrera por su disolución y representada en cuanto a la comunera Rosa Herrera por sus herederos. Es cierto que no debe confundirse la representación de la sucesión de Rosa Herrera con la representación de la sociedad conyugal de Bravo-Herrera, o sea, de esta comunidad; pero como Rosa Herrera, o su sucesión, es comunera, los herederos de ésta tienen en el caso, además de la representación de esa sucesión, la de la comunidad Bravo-Herrera, o sociedad conyugal disuelta, con los herederos de los otros dos cónyuges o copartícipes, o sea, los demandantes, por eso se ha dirigido la demanda contra los herederos de la señora Herrera. Aparece, pues, acreditado el error evidente en que incurrió el Tribunal en la interpretación de la demanda. La parte opositora alega que si el Tribunal incurrió en ese error de hecho al entender que la demanda está dirigida con-

Págs.

tra una sociedad que no existe y por ello no se podían hacer declaraciones contra ella, tal error escapa a la censura de la Corte porque en esta clase de apreciaciones el Tribunal es soberano. A esto observa que las apreciaciones del sentenciador no pueden revisarse por la Corte cuando no impliquen error evidente de hecho, pero no cuando se haya incurrido en este error de modo manifiesto, como es el caso.» (Casación, xxxix, número 1881, octubre 15 de 1931).....

309, 2ª
y 310,
1ª

ESTADO CIVIL. 105—Para la *comunidad de los Alvarez* se demandó en juicio de reivindicación a Florentino Córdoba ante el Juez del Circuito de Titiribí, con el objeto de que restituyese un lote de terreno que poseía materialmente el demandado y que le pertenecía a la comunidad. El Juez 3.º del Circuito de Medellín, a cuyo conocimiento pasó el negocio en virtud de lo dispuesto en la Ley 84 de 1922, falló el pleito absolviendo al demandado de los cargos de la demanda, pero el Tribunal revocó la sentencia por estimar que Córdoba había adquirido el inmueble por prescripción extraordinaria, para lo cual se fundó en la alegación del demandado de ser hijo de Juan Córdoba y María de Jesús Adarve y de unir a la de éstos su propia posesión. El Tribunal tuvo a Córdoba como hijo de las personas nombradas, en virtud de unas declaraciones de testigos que pretendieron comprobar el matrimonio de aquéllos, sus defunciones y el nacimiento de Florentino. Recurrió en casación el actor alegando la violación de los artículos 22 y 79 de las Leyes 57 y 153 de 1887.

Dijo la Corte:

«El sentenciador parte de la base de que Juan Córdoba y María de Jesús Adarve poseyeron el lote, y luego, a la muerte de ellos, Florentino Córdoba siguió en la posesión, admitiendo las afirmaciones de los testigos acerca de que los primeros fueron casados entre sí y de que el último es hijo legítimo de ellos. Al proceder así, el Tribunal incurrió en un error de derecho; pues aceptó que el estado civil del matrimonio y el de hijo legítimo pueden acreditarse con declaraciones, sin ser el caso de la prueba supletoria que contemplan los artículos 395 y siguientes del Código Civil; y este error en la apreciación de la prueba testimonial lo condujo al quebrantamiento de los citados artículos 22 de la Ley 57 y 79 de la Ley 153 de 1887. Con arreglo al primero, hay que tener y admitir como pruebas principales del estado civil, respecto de personas bautizadas o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las respectivas formalidades legales expidan los párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales, y de conformidad con el segundo, las pruebas principales de matrimonios católicos celebra-

Págs.

Págs.

dos en cualquier tiempo, son las de origen eclesiástico. A los autos vinieron las partidas de defunción de Juan Córdoba y la señora Adarve, pero no la del matrimonio de los mismos, ni la de bautismo de Florentino. El apoderado solicitó oportunamente que se trajera esta última, mas es lo cierto que el párroco de Heliconia no la expidió y que ningún esfuerzo se hizo en el sentido de aducir debidamente la prueba supletoria de la filiación. En la prescripción extraordinaria el prescribiente puede unir a su posesión la de sus antecesores, según el artículo 2521 del Código Civil; pero entonces ha de probar que en realidad es sucesor de las personas a quienes señala como antecesores, es decir, debe acreditar la manera como pasó a él la posesión anterior, para que de esta suerte quede establecida la serie o cadena de posesiones, hasta cumplir los treinta años. En el caso actual del litigio, podría admitirse que no era precisa la partida de matrimonio de Juan Córdoba y la Adarve; pero sí se necesitaba la de bautizo del demandado, porque éste se ha presentado como sucesor de Juan en la posesión, en calidad de hijo legítimo suyo. Por falta de semejante prueba, no resulta creado entre los dos Córdobas el vínculo de antecesor y sucesor, y por consiguiente, la posesión de Florentino aparece desconectada de la de Juan. En resumen: con prueba testimonial es dable establecer el hecho material de la posesión, con sus elementos de duración e intensidad; pero hay que acudir a las pruebas propias del estado civil cuando sea indispensable acreditar que la posesión ha pasado de padres a hijos; y esto es cabalmente lo que no se hizo en el caso de autos.» (Casación, xxxix, número 1879, abril 30 de 1931)....(1) 20, 2ª y 21, 1ª

EVICCIÓN. 106—En una sentencia de un Tribunal, en que se condenó al demandado a pagar el valor del saneamiento por evicción de la finca comprada por el actor, se condenó además a pagarle a éste el valor de los gastos que había hecho en una querrela de policía. Se alegó en demanda de casación de la sentencia la primera causal reconocida por el artículo 2.º de la Ley 169 de 1896 y se adujo como motivo que el sentenciador había violado los artículos 1904 y 1912 del Código Civil, porque condenó a los demandados a pagar como perjuicios la suma de \$ 120, correspondiente a los gastos de una querrela de policía, que no podían quedar englobados a las cosas a que se extiende el saneamiento por evicción.

«A la luz del artículo 1904, citado por el recurrente, es incorrecta la condenación al pago de la menciona-

da suma de \$120, por cuanto el reembolso de los gastos de la citada querrela de policía no es consecuencial a la evicción que sólo comprende: "1º La restitución del precio. 2º La de costas legales del contrato de venta que hubieren sido satisfechas por el comprador. 3º La del valor de los frutos que el comprador hubiere sido obligado a restituir al dueño. 4º La de las costas que el comprador hubiere sufrido a consecuencia y por efecto de la demanda; y 5º El aumento del valor que la cosa evicta haya tomado en poder del comprador. No podía el juzgador reconocer el reembolso de las costas de la querrela de policía, ni como una consecuencia de la evicción planteada en la primera petición de la demanda, ni como indemnización de perjuicios planteada en la sexta petición. Estando, pues, los gastos de la demanda de policía fuera de las cosas que comprende el saneamiento por evicción, según el artículo 1904 del Código Civil, resulta fundado el reparo hecho a la sentencia, la cual debe ser infirmada parcialmente, para que se descargue en la condena por \$ 2.974 la cantidad de \$ 120. Las anteriores conclusiones de la Corte no contradicen la doctrina que tiene invariablemente establecida, de que cuando el Tribunal ha apreciado una prueba, no cabe en casación modificar dicha apreciación mientras no se alegue y resulte establecido que el sentenciador incurrió en error manifiesto de hecho o de derecho, porque el dictamen pericial en este caso es solamente prueba del valor o cuantía de los gastos realizados en la querrela de Policía, y en el juicio se trata de determinar si los demandados están o no obligados a pagar esos gastos, obligación que en abstracto ha de examinarse, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1904 del Código Civil. Es, pues, una cuestión de mero derecho y no prueba de la cuantía del derecho.» (Casación, xxxix, número 1882, diciembre 1º de 1931). 366, 1ª

EXCEPCIÓN. 107—En un juicio sobre nulidad relativa de un contrato de compraventa por falta de licencia judicial para la enajenación de bienes de una mujer casada, por haber sido expedida entonces la Ley 28 de 1932, alegó el actor en el recurso de casación que el Tribunal, saliéndose de la pauta legal, cayó en el error de fallar la excepción de petición antes de tiempo, que no había sido propuesta por los demandados, con lo cual dejó en suspenso el fondo de la controversia. «Esta actitud, agregó, de la sentencia recurrida, ha violado el principio universal de tramitación consagrado por el artículo 835 de nuestro Código Judicial.» (1)

Dijo la Corte:

«Como se ve, el concepto del recurrente es que ni el Juzgado ni el Tri-

(1) Concordancias: números 1508, 3292, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte», 1546, 3222, tomo 3º. Acorde la «Jurisprudencia de los Tribunales» números 2081, 2083, 2089, tomo 1º, 4539, 4544, tomo 2º.

(1) Artículo 471 del nuevo Código Judicial.

Págs.

bunal pueden reconocer la excepción de petición antes de tiempo, por no haber sido invocada. Para rechazar este cargo, basta hacer valer el precepto que consagra el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, según el cual, cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida; sin embargo, respecto de la excepción de prescripción es preciso que se alegue, cosa que puede hacerse en cualquier estado de la causa.» (1) (Casación, xxxix, número 1879, mayo 8 de 1931)..(2).....

30, 1ª

EXCEPCIÓN 108—Fue demandada la Nación ante el Tribunal de Ibagué para que se la condenase a pagarle a la sucesión de Pedro Ochoa Medina una suma de pesos como valor del terreno o zona ocupada por el ferrocarril del Tolima y para otros extremos, tales como el de ser propiedad esa zona de la nombrada sucesión. Alegó el Procurador la excepción de petición de un modo indebido, que halló probada la Corte considerando que Pedro Ochoa compró la finca durante la sociedad conyugal con Sacramento Cortés y que, por tanto, debió pedirse a favor de la sociedad y no de la sucesión de Ochoa.

«De lo hasta aquí establecido resulta que la referida hacienda de San Nicolás fue adquirida a título de compraventa por el inencionado señor Ochoa durante el matrimonio de éste con la señora Sacramento Cortés, y que en tal virtud dicho inmueble pertenece al haber de la sociedad conyugal formada por el antedicho matrimonio, ya que con arreglo al ordinal 5º del artículo 1781 del Código Civil, entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal todos los bienes que cualquiera de los dos cónyuges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso. No habiéndose presentado la prueba de que la prenotada sociedad conyugal haya sido liquidada, debe presumirse que permanece ilíquida, y que a ella pertenece el inmueble de que se trata, tanto más cuanto que entre los hechos fundamentales de la demanda no se cuenta el de haberse efectuado la indicada liquidación, sino que, antes bien, del contexto general de la demanda se deduce que aquélla no se ha llevado a cabo, y que el único título de dominio que se invoca en favor de la sucesión del señor Pedro Ochoa, es la compra hecha por éste a la señora Rosa Valdés de Conde durante la existencia de la sociedad conyugal antes mencionada. Síguese de lo dicho que es fundada la excepción que se considera, una vez que en la de

(1) Artículo 343 del nuevo Código Judicial.

(2) Concordancia: número 1617, tomo 3º «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

manda se pide que se declare que la faja de terreno de la hacienda de San Nicolás, ocupada actualmente por el ferrocarril del Tolima, pertenece a la sucesión del señor Pedro Ochoa, y que las demás declaraciones que en dicha demanda se impetran, tanto principales como subsidiarias, sean hechas a favor de la expresada sucesión, y no a favor de la sociedad conyugal ilíquida Ochoa—Cortés.» (Sentencia, Sala de Negocios Generales, xxxix, número 1879, mayo 29 de 1931). Hubo salvamento de voto del Magistrado Enrique A. Becerra.....

103, 2ª

EXCEPCIONES. 109—En un juicio de oposición a la división de un terreno común en que el opositor salió desfavorecido, alegó en el recurso de casación que la sentencia del Tribunal se había limitado a confirmar la de primera instancia, en la cual el Juez, si en la parte motiva declaró inadmisibles las excepciones propuestas por el demandado opositor, nada dijo en la parte resolutive.

«Es doctrina constante de la Corte que aunque en la parte resolutive del fallo del Tribunal no se resuelva expresamente sobre las excepciones que el demandado haya propuesto en la oportunidad legal, hay fallo implícito de ellas si se han considerado y rechazado expresamente en la parte motiva.» (Casación, xxxix, número 1881, julio 31 de 1931)..(1).....

225, 1ª

— **110**—Las excepciones a que se refiere el artículo 51 de la Ley 105 de 1890 no pueden ser otras que las permitidas por la ley sustantiva; y así la nulidad absoluta no puede ser alegada ni menos reconocida por el Juez de oficio cuando el excepcionante procedió a sabiendas en el acto o contrato nulo. (Casación, xxxix, número 1879, mayo 30 de 1931)..(2).....

73, 2ª

— **111**—Petrona Zapata de Vélez demandó en juicio ordinario a la Sociedad comercial denominada Bartolomé Martínez Bossio & Compañía, sobre pago de una suma de dinero por concepto de frutos civiles mientras estuvieron en poder de la Sociedad demandada ciertos bienes raíces. Condenada la Sociedad al pago de determinada suma de pesos, aun cuando no fuese la pedida en la demanda, ambas partes recurrieron en casación ante la Corte, donde la demandada alegó violación de los artículos 51 de la Ley 105 de 1890 y 483 del antiguo Código Judicial, ora fuese porque el Tribunal mencionó en su fallo las excepciones propuestas sin resolver sobre ellas, o porque no decidiólas estando justificados los hechos que constituían la excepción.

Dice la Corte:

«Ha sido principio aceptado repetidas veces por la Corte, el de que

(1) Concordancias: números 931, 932, tomo 2.º, «Jurisprudencia de la Corte,» 1577, 1579, 1600, tomo 3º

(2) Cita la Corte la doctrina de casación del 30 de junio de 1893, «Gaceta Judicial,» xv, viii, 341, 1ª

Págs.

hay fallo implícito de las excepciones que se alegan en la oportunidad legal, cuando se estudian en la parte motiva del fallo, aunque no se diga nada en la parte resolutive. Tal es lo que ocurre en este caso, porque el Tribunal acogió el estudio que el Juez hizo de las excepciones propuestas por el demandado, en la parte motiva de su sentencia: luego aunque no hay decisión expresa en la parte resolutive de la sentencia del Tribunal respecto a las excepciones opuestas por la Compañía demandada, no puede decirse que dejaron de ser falladas (1). También tiene resuelto la Corte que no hay deficiencia en el fallo, ni por ende violación del artículo 51 de la Ley 105 de 1890, cuando el Tribunal deja de resolver sobre excepciones que no se han opuesto en la oportunidad legal, aunque aparezcan probadas en los autos. No es, pues, fundada la causal que se considera.» (Casación, xxxix, número 1879, marzo 28 de 1931.....(2).....

10, 1ª

EXCEPCIONES PERENTORIAS. 112—El demandado Roberto Duque en el juicio ordinario sobre reivindicación que le siguió María de Jesús Duque, ganándolo en ambas instancias, alegó en casación contra la sentencia del Tribunal que aunque se había propuesto como dilatoria la excepción de estar dirigida la demanda contra diversa persona de la obligada a responder, el Tribunal no había reconocido la excepción perentoria que surgía del hecho de estar comprobado que el demandado no era el único poseedor de la casa reivindicada, sin la sucesión de Mercedes Duque. Concluyó el demandado que no habiéndose reconocido esa excepción en el fallo se había incurrido en violación de varias disposiciones legales y en error de derecho que dio lugar al quebrantamiento del artículo 946 del Código Civil, aplicándolo contra quien probó no ser el poseedor.

«Cuanto a que la alegación constituye en el fondo una excepción perentoria, téngase presente que el Tribunal consideró las excepciones perentorias opuestas concretamente por el demandado y no falló en la sentencia acerca de tal alegación (al menos de manera expresa), porque fue invocada como dilatoria, carácter que le atribuye el artículo 467 (3) del Código Judicial, y fueron rechazadas por extemporáneas las excepciones dilatorias. Si el Tribunal no tuvo a bien declarar de oficio la excepción, no hay razón para atacar en casación esa abstención. (Véase el número 1582 del tomo 3.º de la *Jurisprudencia de la Corte Suprema*. En consecuencia, también se desecha este cargo.» (Ca-

(1) Concordancias: números 1554, tomo 1º «*Jurisprudencia de la Corte*,» 932, tomo 2º, 1577, 1579, 1580, 1600: tomo 3º

(2) Concordancias: números 1589, 1595, 1559, tomo 1º «*Jurisprudencia de la Corte*,» 929, 945, 946, 948, tomo 2º, 1588, 1618, 1620 bis, 1624, tomo 3º

(3) Hoy el artículo 333 del nuevo Código Judicial.

Págs.

sación, xxxix, número 1879, mayo 13 de 1931).....(1)..... 38, 1ª

EXPROPIACIONES. 113—En el juicio ordinario que siguió Elías González contra la Compañía denominada The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited, sobre pago de una suma de dinero como consecuencia de una expropiación, alegó el recurrente o demandante contra la sentencia del Tribunal que declaró improcedente la acción, error de derecho en la apreciación de las sentencias traídas al proceso como pruebas fundamentales de la demanda, como que el Tribunal consideró que no podían estimarse como sentencias definitivas las que decretan la expropiación ni las que fijan el avalúo.

«La parte recurrente, desde la demanda misma con que se inició este juicio, ha venido sosteniendo su acción desde el punto de vista ordinario de procedimiento judicial, de que una sentencia tiene la autoridad de cosa juzgada, y debe cumplirse hasta ejecutivamente respecto de las partes, si se ha dictado en última instancia, o no ha mediado recurso legal contra ella; considera, en suma, que tanto la sentencia que dicta el mandamiento de enajenación forzosa, como la que ordena pagar en concreto la indemnización al propietario, pertenecen a aquellos fallos ordinarios en que la autoridad judicial atribuye el dominio de la cosa en favor de quien la reclama y condena; por otra parte, al adquirente al pago de su precio, es decir, en suma, que declara y sanciona derechos y obligaciones preexistentes. Pero esta manera de ver no es bien exacta en tratándose de la institución constitucional de enajenación forzosa por motivo de utilidad pública, desarrollada por las Leyes 56 y 119 de 1890, 104 de 1892, 35 de 1915 y 84 de 1920, todo lo cual constituye un sistema legal *sui generis*, que se aparta en puntos sustanciales del Derecho Civil común. Domina este sistema el canon constitucional consignado en el artículo 5.º del Acto legislativo número 3 de 1910: 'Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber enajenación forzosa mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificarse la expropiación.' La enajenación forzosa, según esta disposición y las leyes anexas, es una operación compleja, en la cual entran elementos jurídicos de diverso orden, correlacionados íntimamente entre sí, y cuya íntegra concurrencia es indispensable para que la expropiación se verifique; motivos de utilidad pública definidos por el legislador, requisito éste que constituye una valiosa garantía de la propiedad priva-

(1) Concordancias: número 1595, tomo 1º, «*Jurisprudencia de la Corte*,» 946, 948, tomo 2.º, 1615, 1618, 1620 bis, 1621, 1624, tomo 3º Esta es jurisprudencia constante de la Corte.

Págs.

da; pues no basta para justificar la expropiación que a una autoridad le venga en talante hallar conveniencia pública en obra que no la tiene en realidad, sino que es necesario que la autoridad legislativa, en sus tres gradaciones, nacional, departamental o municipal, la defina. La autoridad ejecutiva concurre luego con otro elemento suyo, cual es la resolución en que se determina la cosa expropiable y el motivo y objeto de la enajenación forzosa. Sobre esta base concreta, el Estado, por conducto del representante de la Nación o del Departamento o del Municipio, según el caso, acude al Poder Judicial en demanda del mandamiento de enajenación forzosa contra el propietario. Se abre la acción pública para que éste, como parte demandada, haga valer su derecho, y aceptando el mandamiento o disputándolo, ya para discutir el monto de la indemnización. Si la acción prospera, recae sobre ella el mandamiento de enajenación, en forma de sentencia, en la cual se determina a la vez el monto de la indemnización, sentencia que debe registrarse no a fuer de tradición de la propiedad, sino en razón de la formalidad que exigen los artículos 2659 y 2673 del Código Civil, como necesaria para que haga fe ante las autoridades y surta efectos respecto de terceros. Viene entonces como otro de los requisitos ordenados por el Acto legislativo número 3, el pago de la indemnización al propietario, ora por el Estado en sus tres personificaciones, —Nación, Departamento o Municipio,—cuando la expropiación es para sí; ora por el empresario, cuando media contrato que le impone esta obligación. Como acto final de la autoridad que sella la expropiación, el Juez procede a la entrega de la finca al demandante, de la cual se deja constancia en un acta o diligencia que debe contener la parte resolutive del mandamiento de enajenación, los datos precisos que identifiquen la cosa expropiada; la prueba del pago de indemnización hecha al propietario y cualesquiera otros damnificados. Es entonces, cuando cumplidos todos estos elementos esenciales de la expropiación, ordenados por el Acto legislativo número 3, y registrada la diligencia de entrega, queda creado el título traslativo de dominio y verificada la tradición legal y la entrega material de la cosa. La diligencia es, según la expresa declaración de la Ley 35, artículo 8.º, el título traslativo de dominio. En el sistema que acaba de exponerse, el mandamiento judicial de enajenación y la fijación y mandato de pago previo de la indemnización, si bien no son sentencias que versan sobre pun-

Págs.

tos principales en el juicio de expropiación, y una vez ejecutoriadas y registradas obtienen el carácter de cosa juzgada respecto de los puntos sobre que versan; en sentido meramente procesal no alcanzan ellas, sin embargo, por sí solas, a producir el fenómeno jurídico de la enajenación forzosa, el cual se verifica, según queda demostrado, cuando a esos fallos judiciales se agregan el pago previo de la indemnización, la tradición legal y la entrega material al adquirente de la cosa expropiada. El título de la enajenación forzosa pertenece a la clase conocida en derecho con el nombre de títulos complejos o mixtos, en los cuales entran como componentes varios actos con efectos jurídicos propios, que son otros tantos elementos esenciales requeridos para que el título quede constituido. Uno de estos elementos es el *pago previo* de la indemnización que no podría reemplazarse por una simple obligación de deuda; por esto dice con razón la sentencia del Tribunal: 'Si el que solicita la expropiación no paga, porque no tiene con qué, o porque no quiere pagar, la expropiación no puede tener lugar, ni se hará el título traslativo de la cosa materia de la expropiación.' Hay dos casos de excepción a estos principios rigurosos, previstos por las leyes sobre la materia; la excepción que establece el artículo 32 de la Ley 56 de 1890, según el cual las expropiaciones que se verifiquen en tiempo de guerra por las autoridades políticas o militares, no están sujetas a las formalidades ordenadas por el Acto legislativo mencionado, disposición ésta que se explica porque en tiempo de guerra declarada en la forma constitucional, imperan los principios propios del estado de sitio en la República, según el artículo 33 del mismo Acto legislativo.

«La otra excepción es la establecida en los artículos 21 y 22 de la Ley 35 de 1915. Permiten estos artículos que, a pesar de estar consumada la expropiación, puedan las partes interesadas en el juicio entablar uno nuevo, ordinario, 'para contradecir el avalúo por causa de error o de dolo esencial en la estimación de la cosa expropiada. Si la sentencia que recayere variare en más o menos el avalúo provisional, tendrá el propietario, en el primer caso, acción ejecutiva contra la empresa, contra la diferencia sentenciada.' Estas disposiciones son especiales a las expropiaciones destinadas a la construcción de vías férreas, en cuya especie el Tribunal, en alguna ocasión, incluyó con razones bastante dudosas los cables aéreos. Esta excepción es más apa-

Págs.

rente que real. No dispensa al expropiante del pago previo y efectivo de la indemnización, sino que por virtud de un juicio ulterior, se crea a su favor un título adicional de acreencia, que es la sentencia respectiva. Este último fallo no es propiamente un elemento de la enajenación, sino la fuente de una obligación personal. En ninguno de los referidos casos de excepción se halla el recurrente. Empero, en el estudio del motivo de casación que se viene examinando surge una cuestión importante que procede de la disposición del artículo 4.º de la Ley 84 de 1920, que reza: "Las sentencias que se dicten de conformidad con las disposiciones de la presente Ley, prestan mérito ejecutivo para exigir el pago del precio y la indemnización, salvo que el interesado en la expropiación renuncie al derecho a que se consume la expropiación, o que tal interesado sea la Nación, el Departamento o el Municipio." Disposición es ésta que si hubiera de aplicarse a todos los casos de expropiación, sin referirla a ciertos asuntos excepcionales, resultaría, si no contraria, al menos discorde con el sistema constitucional de enajenación forzosa y las leyes que lo desarrollan.

«En efecto, si la expropiación, según el artículo 5º del Acto legislativo, no puede verificarse, "sin indemnizar el valor de la propiedad previamente," y el dominio de la cosa sin tal requisito, permanece en el patrimonio de su dueño, y sin embargo éste tuviera la acción ejecutiva de cobro por el precio y de perjuicios, resultaría el absurdo jurídico de una acción otorgada por la ley que carece de causa. La dialéctica condena semejante conclusión. Esta ley puede aplicarse como medida de protección a los propietarios que, a pesar de la garantía constitucional establecida en el Acto legislativo citado y las leyes conexas, han sido despojados de su propiedad. No son escasos los ejemplos de tan grave atentado al derecho individual, consentido y apoyado por las autoridades. Así entendida la ley, lejos de ser antinómica con la Constitución, tendría por fin respaldar la garantía de la propiedad privada, sujetando al despojante por la vía judicial a pagar la indemnización cuyo pago no ha verificado oportunamente. Como consecuencia de estas consideraciones, la Corte concluye que, si las sentencias a que se refiere el cargo son definitivas, y están ejecutoriadas a la luz de la ley de procedimiento, ellas no son, sin embargo, de por sí, título suficiente para exigir el precio de la cosa, que si bien sometida a un mandamiento judicial de expropiación, ésta no se ha realizado todavía, mientras no se cumplan

todos los requisitos establecidos en el artículo 8.º de la Ley 35 de 1915, salvo las excepciones anotadas. El cargo no es fundado.» (Casación, tomo XXXIX, número 1881, julio 22 de 1931).....

211, 2ª
y 212,
1ª y 2ª

F

FIANZA. 115—Se atacó en casación una sentencia de Tribunal, porque se dijo que daba a la fianza constituida un alcance que no tenía.

«Como la fianza consiste en la obligación que una o más personas contraen de cumplir los compromisos estipulados por un tercero, en el caso de que éste no los cumpla en todo o en parte, si no hay más que un solo deudor y un solo fiador, y se expresa que éste se constituye "solidario y mancomunado," tal estipulación, para que pueda producir algún efecto, ha de interpretarse en el sentido de que el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal, esto es, que se constituye codeudor respecto del acreedor, obligándose solidariamente con dicho deudor al cumplimiento de los compromisos contraídos por él, sin perder por ello su carácter de fiador respecto del deudor principal.» (Casación, XXXIX, número 1880, julio 2 de 1931).....

175, 1ª
y 2ª

— EN JUICIO DE MINAS. 116 — (Véase Minas, doctrina número).

— MERCANTIL. 117—Pedía el actor se declarase que el fiador de una obligación mercantil había contraído la obligación de responder solidariamente con el deudor de todos los valores que éste recibiese de manos del actor. Hecha esa declaración en la sentencia se la acusó en casación de violación del artículo 956 del Código Civil, por no haber estimado que antes de proceder contra el fiador debía requerírsele para el pago.

«El artículo 956 del Código de Comercio que se dice violado, está derogado y reemplazado por el 16 de la Ley 26 de 1922, por la cual se reforma el Código de Comercio, que dice: "La fianza de una obligación mercantil, salvo estipulación en contrario, no dará derecho al fiador para oponer al acreedor el beneficio de excusión." Pero si lo que se alega es que la demanda fue propuesta bajo la vigencia de aquella disposición (la del artículo 956), que consagraba un derecho en cabeza del fiador, cual era el de que no se le exigiera el cumplimiento de la obligación sin que se acreditara que se había requerido de pago al principal deudor, cabe observar que ello sería pertinente si este juicio tuviera por objeto la ejecución de la obligación contraída por el fiador, como si tratándose de un pagaré de plazo vencido se tratara de hacerlo

Págs.

Págs.

efectivo contra el fiador sin previo requerimiento de pago hecho al principal deudor; pero, en el caso de este juicio, lo que pide el demandante, con relación al doctor Mera Ll., es: 1º, que se declare que éste contrajo la obligación de responder, solidariamente con Néstor Mora A., de todos los valores que éste recibiera del demandante en el curso de la negociación de que se ha hablado, ... etc.» (Casación, xxxix, número 1880, julio 2 de 1931)

173, 1ª

FIDEICOMISO. 118—Segundo Rocha Herrera donó un terreno a su hija natural, la cual otorgó testamento e instituyó como herederos al que pidió la partición material del terreno y a otros individuos. Se opuso uno de los demandados a la división manifestando que la finca cuya división se pretendía no era bien común, sino exclusivamente propia de él, «como único y definitivo fideicomisario del fideicomiso que comenzó a constituirse con el otorgamiento de la escritura..... y se convalidó y tuvo definitiva existencia por virtud del testamento otorgado por el señor Segundo Rocha Herrera, en el cual se ratificó aquella donación, modificando la constitución de los fideicomisarios, que vinieron a ser únicamente los descendientes de Rosalía Rocha Duarte, y en su defecto, Fernando Rocha y el suscrito, hermano de dicha señora.....» Se falló el juicio ordinario con la sentencia definitiva del Tribunal que declaró no haber lugar a decretar la división pedida. Interpuso casación el actor, que había pedido la división impugnando la sentencia «por haber calificado de donación entre vivos el fideicomiso constituido,» «y a virtud de esa errónea calificación, dice, violó, por aplicación indebida al caso del pleito, los artículos 1443, 1468, 1469, al entender que la falta de aceptación por parte de Rosalía dejó sin efecto la institución,» más otros artículos del Código Civil.

«Se considera: Existen diferencias entre la donación entre vivos, pura y simple, y la institución del fideicomiso; pero como éste puede constituirse a título de donación, hay algunas disposiciones de la donación que le son aplicables. Es inadmisibles, por absoluta, la aseveración de que el fideicomiso a título de donación se rige únicamente por los preceptos del Título 8º del Libro 2º del Código Civil. Desde luego el fideicomiso de que se trata ha menester insinuación, cuando la cuantía lo exija, con arreglo al artículo 1460 del propio Código; y también es preciso que el fiduciario lo acepte, pues que así lo dispone terminantemente el artículo 1470, y el 1471 vuelve a hablar de esa aceptación. El Tribunal no entendió que la donación consignada en la escritura número ciento ochenta y ocho era pura y simple, sino que era un fideicomiso a título de donación, y examinó si de las condiciones generales de la donación, aplicables a dicho fideicomiso, estaban cumplidas todas o algunas en el caso controvertido. Dedujo que en la donación de Rocha He-

rrera se llenaban las condiciones relativas a la habilidad del donante y al otorgamiento de la escritura pública y su registro, pero que faltaba la referente a la aceptación del fiduciario. Al afirmar el sentenciador que el fideicomiso a título de donación entre vivos necesita la aceptación del fiduciario, no hizo otra cosa que ajustarse al precepto contenido en el citado artículo 1470. No negó que las disposiciones generales del fideicomiso sean aplicables al que se está estudiando, sino que dio a entender que hay disposiciones especiales que, precisamente por serlo, prevalecen sobre aquéllas. Lo tocante a la aceptación del fiduciario es una de ellas. Para la Corte es una tesis correcta la de que, tratándose de un fideicomiso otorgado a título de donación entre vivos, surge la necesidad de tener presentes algunas disposiciones del Título XIII, del Libro 3.º del Código Civil, que, por concretarse al caso, se aplican de preferencia a los preceptos generales del mencionado Título 8º, del Libro 2.º Estos gobiernan la materia sin perjuicio de las excepciones o casos especiales. No fuera así, y carecerían de objeto práctico los artículos 1470 y 1471. El artículo 1137, traído por el Código a propósito de las asignaciones testamentarias condicionales, se contrae al fideicomiso testamentario, y para el derivado de una donación entre vivos, se hallan los artículos 1470 y 1471. Las disposiciones contemplan dos casos especiales distintos, y no hay colisión entre ellas, para que el intérprete tenga que acudir a la regla 1ª del artículo 5º de la Ley 57 de 1887.» (Casación, xxxix, número 1884, marzo 7 de 1932)

534, 1ª

FUNCIONARIOS. 119—Sus actos en ejercicio del poder público no hacen responsable a la Nación. Demandó un individuo a la Nación para que fuese condenada a pagarle una suma de dinero que le hizo perder el Tribunal de Bogotá por causa de una sentencia proferida por esa Corporación, y que le fue desfavorable al demandante. Se declaró probada la excepción perentoria de inepta demanda absolviendo así a la Nación de los cargos, y la Sala de Negocios Generales de la Corte confirmó la sentencia del Tribunal acogiendo la opinión del Procurador, que dice:

«La Nación, que no es otra cosa que la entidad de derecho público formada por el conjunto de los ciudadanos que se han asociado con tal fin, y que tiene como representante de su persona jurídica al Estado, lleva en sí la soberanía, de la cual emana el Poder Público, destinado a hacer efectivas las obligaciones, garantías y derechos de los asociados, conforme al Estatuto Constitucional. Para este efecto representan ese poder los funcionarios que el mismo Estatuto y las leyes han creado, y cuyas faculta-

Págs.

des están expresamente limitadas. De modo que cuando tales funcionarios obran en el ejercicio de sus funciones, tienen una pauta, de la cual no pueden apartarse, pues de lo contrario, ya no proceden como representantes del Poder Público, ni comprometen a la Nación, que no los ha facultado para actuar fuera de aquélla hasta donde alcanza su soberanía. Entendida de esta manera la tesis del ejercicio del Poder Público, es evidente que ningún funcionario puede hacer responsable a la Nación por actos que ejecute, y con los cuales perjudique a los ciudadanos por lesión de sus derechos. En tal caso, el funcionario que ha ejecutado el acto lesivo de esos derechos, responde personalmente ante el ciudadano perjudicado, por extralimitación de sus facultades o por omisión del cumplimiento de sus funciones. De ahí que si el Tribunal, al dictar las sentencias a que alude el demandante, obró fuera de la ley de los principios constitucionales, no lo hizo ya en representación de la Nación, porque ésta no lo tenía facultado sino para cumplir la ley y la Constitución. La causa de la demanda no es plausible en consecuencia, y, por lo mismo, no existe el derecho en contra de la Nación, que invoca el demandante.» (Sentencia, Sala de Negocios Generales, xxxix, número 1882, agosto 20 de 1931).....

413, 1ª
y 2ª

FRUTOS. 120—Una señora que había sido declarada heredera y a quien en virtud de la sentencia aprobatoria de la partición en el juicio de sucesión de la *de cuius* se le habían entregado los bienes de ésta, teniendo, por consiguiente, justo título y buena fe, fue demandada en juicio de petición de herencia que ganó el actor. Se acusó la sentencia por violación de los artículos 766, 769 y 964 del Código Civil, en cuanto el Tribunal acogió la sentencia del Juez que condenó a la restitución de frutos a la demandada desde que entró a poseer los bienes, como si fuese poseedora de mala fe.

«A la restitución de los frutos y al abono de las mejoras, con arreglo al artículo 1323 del Código Civil, se aplicarán las reglas dadas para la acción reivindicatoria. El poseedor de buena fe no es obligado a restituir los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda, y hay que reconocerle buena fe a la señora Lorenza Vásquez, porque aquélla se presume, según el artículo 769, y porque la sentencia aprobatoria de la partición le sirve de justo título, al tenor de la parte final del artículo 766. No existe en Colombia el decreto de posesión efectiva (1), pero lo reemplaza, según jurisprudencia de la Corte, la sentencia de que se trata. Ahora bien: como

(1) Hoy existe la institución de posesión efectiva de la herencia, en virtud de los artículos 950 y siguientes del nuevo Código Judicial.

Págs.

el Tribunal, al confirmar la sentencia del Juez, no fijó la época desde la cual se entiende la obligación de restituir los frutos, y la condenación del Juez abarca, por su generalidad, los frutos percibidos desde que la señora Vásquez entró en posesión de los bienes, es innegable que el sentenciador incurrió en las infracciones legales que se le atribuyen. Por tanto, la sentencia en esta parte será casada, y para resolver en instancia bastará reducir la condenación en frutos, de la manera que acaba de indicarse.» (Casación, xxxix, número 1880, junio 22 de 1931).

135, 1ª

FUERZA COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO. 121—Cierta individuo era empleado en el almacén de Miguel Calero S. y dispuso arbitrariamente de la suma de \$ 4.000 de propiedad de éste, por lo cual llamó Calero a José Joaquín Gamboa, padre del delincuente, para contarle esa acción, y como se afanase Gamboa y temiese la deshonra y la cárcel que podrían sobrevenirle a su hijo, convino en constituirse deudor de los \$ 4.000 a título de mutuo, y así lo hizo, en efecto, por escritura pública en que constituyó hipoteca de una finca a favor del acreedor Calero. Demandó Gamboa a Calero para que se declarase la inexistencia del contrato de mutuo y del accesorio de hipoteca, y en acción subsidiaria pidió la nulidad de esos contratos por haber intervenido fuerza por parte del contratante Calero, capaz de viciar el consentimiento del obligado. El Tribunal de Cali absolvió al demandado de los cargos de la demanda; recurrió el actor en demanda de casación ante la Corte, la cual no casó la sentencia recurrida y sentó la siguiente doctrina:

«Conforme al artículo 1513 del Código Civil, la fuerza, sea material o moral, no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. "Se mirará como fuerza de este género—dice la misma disposición—todo acto que infunda a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte, sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave." De acuerdo con esta disposición, hay que considerar la fuerza en sí misma y en relación con la persona sobre la cual se ejerce. En orden al acto mismo de la fuerza, si bien los expositores admiten que no es necesario que se realice el acto material de ella, sino que puede ser suficiente la amenaza, ésta debe ser de tal naturaleza que inspire a la persona amenazada un vivo temor de verse expuesta ella, su consorte, sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave, capaz de quitarle su libertad de decisión en el acto del contrato. (V. Planiol y Ripert. *Tratado de Derecho Civil Francés. De las obligaciones*. Tomo vi, página 255). Baudry Lancantiner cita el caso de que un marido sorprenda a su mujer en infraganti delito de

Págs.

adulterio, y con arma en mano amenaza de muerte al cómplice si no le suscribe un pagaré en que reconozca una indemnización a título de préstamo, y en que se coloca al segundo en situación de firmar tal compromiso o de morir. Dice este autor que comprobados esos hechos, el Juez, sobre la demanda de nulidad del compromiso presentada por el cómplice, no vacilará en reconocerla. (*Précit de Droit Civil*. Tomo II, página 560). Lo cual quiere decir que no toda amenaza o intimidación es suficiente para decretar la nulidad de un contrato. Por lo que hace a la persona víctima de la fuerza, se exige que sea una persona de sano juicio atendida su edad, sexo y condición, pues es claro que el temor no impresiona lo mismo a un varón fuerte y sano que a un enfermo o a una mujer, sin que ello quiera decir que el primero no pueda ser susceptible de sufrir una presión moral o material que vicie su consentimiento, siempre que así se compruebe. Sentados estos principios, resta ver las condiciones del caso concreto de que se trata. De autos aparece que con fecha seis de mayo de mil novecientos veinticinco, Miguel Calero S. dirigió a José Joaquín Gamboa la siguiente carta que su autor reconoció en este juicio: "Señor don Joaquín Gamboa—Presente—Muy señor mío: Deseo hablar con usted antes de que se regrese a Restrepo, para decirle toda la dura y amarga verdad, en lo que se relaciona con su hijo Guillermo, ya que el señor doctor Iragorri Isaacs y don Ezequiel no se resolvieron a decírselo. Soy de usted atento, seguro servidor, Miguel Calero S." En las posiciones que Miguel Calero absolvió a petición de Gamboa ante el Juez 1º del Circuito de Cali el seis de febrero de mil novecientos veintiseis, Calero confesó que Gamboa concurrió a la casa del primero en la noche del mismo día en que aparece fechada la carta anterior, y que como resultado de la conferencia que allí tuvieron los dos, al día siguiente, siete del mismo mes y año, Gamboa le suscribió la escritura número quinientos siete (507), de la Notaría de Cali, en la cual Gamboa se reconoció deudor de Calero S. por la suma de cuatro mil pesos (\$ 4.000) moneda corriente, a título de mutuo, con plazo de diez y ocho meses, sin intereses durante él y con la seguridad hipotecaria de una casa y unas plantaciones de pastos y cafetales puestos por Gamboa en terrenos baldíos.... etc. El Juez sostiene que la confesión de Calero en la sexta de las primeras posiciones que absolvió en 1925, es explicada, y que el confesante la aclaró satisfactoriamente, y que por consiguiente no aparece comprobado que

Págs.

Calero empleara fuerza sobre Gamboa para obtener que firmara el contrato de mutuo con la hipoteca de que habla la escritura número quinientos siete (507) antes citada. Por su parte el recurrente sostiene en extenso y erudito alegato que tal confesión es divisible, porque la aclaración agregada por el absolvente es separable del hecho principal una vez que constituye un hecho distinto de aquél y la debió comprobar Calero, como lo exige el artículo 568 del Código Judicial, lo sostienen numerosos expositores de Derecho y ha sido reconocido por la jurisprudencia de otros países; que aunque se admitiera que Gamboa concurrió voluntariamente a la casa de Calero a la conferencia del seis de mayo de 1925 por la noche, siempre existe el hecho de que Calero lo intimidó para que suscribiera el contrato de mutuo con el accesorio de hipoteca. La Corte observa: Gamboa concurrió voluntariamente a la conferencia con Calero, pero no como el último lo afirma, de que hubiera sido sin llamamiento suyo, porque la carta antes transcrita establece lo contrario. Tampoco comprobó Calero la otra circunstancia agregada a su confesión, o sea que cuando Gamboa fue a la conferencia, ya tenía conocimiento de que su hijo "le debía a Calero una suma de pago inmediato," como lo sostiene el último en las segundas posiciones, y que por esto Gamboa reconoció la deuda con la garantía hipotecaria. Contradicha la primera aclaración y no comprobada la segunda, queda en pie el hecho principal confesado, o sea, que Calero dijo a Gamboa que debía firmar la escritura del contrato para evitar que su hijo Guillermo fuera a la cárcel. Pero aunque se tome tal confesión en relación con lo expresado por Calero a Gamboa en la carta del seis de mayo, o sea que en la conferencia de la noche del mismo día y en esa carta, el primero hizo al segundo una especie de intimidación para que reconociera al día siguiente la deuda de los cuatro mil pesos (\$ 4.000) con la garantía hipotecaria materia de la nulidad demandada, a juicio de la Corte tal amenaza no es suficiente para anular los contratos de que se viene hablando, por estos motivos: 1º Porque, si como dice el artículo 1513 del Código Civil, por regla general la fuerza no vicia el consentimiento, cuando se trata de la excepción debe ésta probarse plenamente. 2º Porque no aparece que dicha amenaza hecha por Calero a Gamboa hubiera sido de naturaleza tal que hubiera dejado al último sin manera de adoptar otra determinación que la de suscribir los contratos, lo que es indispensable para concluir que obró bajo la presión de un mal

Págs.

irreparable y grave, como lo requiere la doctrina de los tratadistas. Aparece que esa presión se hizo a Gamboa en la noche del día anterior al en que se firmaron los contratos, lo que le dejó algún tiempo para resolverse a suscribirlos. 3.º Porque en tales circunstancias dicha amenaza tiene un carácter equívoco, y a falta de prueba clara en contrario, puede tomarse como simple medio de convicción o persuasión empleada por Calero S. para que Gamboa optara por aceptar los contratos y evitar que su hijo se sometiera a una investigación y posible sanción de la autoridad. La confesión de Calero S. de haber hecho a Gamboa tal amenaza implicaría entonces de parte del primero, una advertencia de aquellos posibles males, y el reconocimiento de la deuda con la garantía hipotecaria, de parte de Gamboa, no sólo justo sino plausible en un hombre honrado, y por lo mismo exento de nulidad, ya que no sería sino el reconocimiento de una indemnización. 4.º Porque existiendo esa deuda, sobre el alcance de la amenaza de Calero S. en los actos que precedieron al día del otorgamiento de los contratos por parte de Gamboa, hay que resolverla en favor del demandado Calero, conforme a los principios en materia de pruebas. 5.º Porque no hay tampoco en autos prueba de que por un lado, el contratante Gamboa sea una persona que por sus condiciones personales especiales hubiera podido decidirse a suscribir aquellos compromisos con la sola prevención de Calero de que el hijo de aquél podía ir a la cárcel; ni de otro, que Calero, por sus antecedentes y condiciones personales también, fuera persona de inspirar vivo y serio temor a Gamboa si no accedía a sus pretensiones. Esas pruebas habrían sido decisivas en el particular, como lo exige la ley y lo anotan los expositores; y 6.º Porque si fuera cierto que al firmar Gamboa los contratos en debate se propuso evitar el conocimiento público de los hechos atribuidos a su hijo, no habría promovido esta controversia. Todo lo anterior inclina a la Sala a decidir, después de madura meditación, que no se está en el caso de reconocer que en los contratos materia de la demanda subsidiaria hubiera intervenido fuerza material o moral bastante a viciarlos de nulidad relativa, y por esos motivos llega a la misma conclusión a que llegó el Tribunal para no reconocer tal vicio, y por consiguiente para no casar la sentencia materia del recurso.» (Casación, XXXIX, número 1883, febrero 9 de 1932).....

463, 2ª,
464, 2ª, y
465, 1ª)

Págs.

Salvo su voto en esa sentencia el Magistrado doctor Tancredo Nannetti, como aparece de lo que en seguida se transcribe: "En la oportunidad debida manifesté mi impedimento legal para conocer de este negocio, de suyo delicado para mí, por ser mi hijo Guillermo Nannetti apoderado del señor Joaquín Gamboa en el recurso de casación. Desgraciadamente la parte a quien interesaba mi retiro allanó expresamente el impedimento, haciendo con ella una venia a la rectitud del Magistrado, pero poniéndome al mismo tiempo en una situación embarazosa que sube de punto por hallarme en desacuerdo con la mayoría de mis colegas de la Sala, y verme forzado, en consecuencia, a salvar el voto. Ante la ley y mi conciencia jurídica, he hallado faltas las razones de la mayoría de la Corte para absolver al señor Miguel Calero de los cargos de la demanda, mejor dicho, para declarar que éste no empleó la coacción moral con el fin de obtener del señor Joaquín Gamboa la firma de la escritura número 507 de mayo de 1925, otorgada en Cali, por la cual Gamboa se constituyó deudor de Calero por cuatro mil pesos y le hipotecó su finca de campo, situada en el Municipio de Restrepo. Dice el artículo 1513 del Código Civil: (Aquí él). Los datos que arroja el expediente son de una claridad deslumbradora para establecer que don José Joaquín Gamboa, quien no recibió el dinero que dice en la escritura deber al señor Calero, obró bajo el justo temor, infundido por éste, de ver expuesto a su hijo, si no otorgaba tal escritura, a un mal irreparable y grave. Vivía Gamboa en su finca de campo situada en el Municipio de Restrepo, y estando de paso en Cali recibió esta carta de Calero: (Aquí la carta antes transcrita). Ese mismo día al anochecer concurre Gamboa a casa de Calero, y lo que ocurrió entre los dos nos lo dice este último en las posiciones que rindió el 6 de febrero de 1926, al contestar la pregunta sexta, concebida así: "Diga cómo es cierto el absolvente (Calero) para obtener que el preguntante (Gamboa) le otorgara la escritura de hipoteca a que alude dicha escritura número 507, le hizo saber que debía hacerlo para que su hijo Guillermo no fuera a la cárcel, y evitarse así un mal irreparable y grave." Contestó Calero a la sexta: "Es cierto y aclaro que el señor José Joaquín Gamboa fue a mi casa de habitación voluntariamente, es decir, sin ser llamado por mí, para manifestarme que sabiendo que su hijo me había robado una suma mayor, él iba a decirme que se hacía responsable por la suma de cuatro mil pesos para pagármelos él y librar así a su hijo de

Págs.

ir a la cárcel, pero que como no tenía la expresada suma en el momento, iba él a garantizarme la responsabilidad de esa suma con la hipoteca de una finca que posee en el Distrito de Restrepo. Estos hechos tuvieron lugar en la noche del 6 de mayo de 1925, en mi casa de habitación, a donde como he dicho, ocurrió él voluntariamente. Leída, la aprobó." De esta respuesta se desprende con nitidez meridiana que para obtener Calero que Gamboa le otorgara la escritura de la hipoteca materia del pleito le hizo saber que debía hacerlo para que su hijo Guillermo no fuera a la cárcel, y evitarse así un mal irreparable y grave. La aclaración consistente en que Gamboa fue voluntariamente a casa de Calero sin ser llamado, queda desvirtuada con la carta que transcribió atrás y en la cual consta que Calero se dirigió a Gamboa el mismo día 6 de mayo de 1925, diciéndole que deseaba hablar con él antes de regresar a Restrepo, para decirle toda la dura y amarga verdad en lo que se relacionaba con su hijo Guillermo, ya que el doctor Irigorri Isaacs y don Ezequiel no se resolvieron a decírsela.

«Al día siguiente Gamboa otorgó la escritura. La mayoría de la Sala admite que a pesar de las declaraciones de Calero queda en pie el hecho principal confesado, o sea que Calero dijo a Gamboa que debía firmar la escritura del contrato para evitar que su hijo Guillermo fuera a la cárcel. Ante semejante dilema: o la firma de la escritura, o el deshonor, la vergüenza y la cárcel para su hijo, no cabe duda de la presión fulminante sobre el corazón de un padre, de la amenaza hecha a éste de un mal irreparable y grave para su descendiente, si no entregaba a Calero parte considerable de su patrimonio como resarcimiento de un daño de que Gamboa no era responsable. Y sin embargo, la Corte no ve la fuerza de este acto: "1.º Porque, si como dice el artículo 1513 del Código Civil, por regla general la fuerza no vicia el consentimiento, cuando se trata de la excepción debe estar probada plenamente." A esto observo que la respuesta de Calero a la posición sexta que se deja transcrita, esto es, que es cierto que para obtener la escritura le hizo saber a Gamboa que debía hacerlo para que su hijo Guillermo no fuera a la cárcel, es la prueba completa de la excepción, esto es, que no se trata de una fuerza cualquiera sino de aquella capaz de infundir a una persona un justo temor de verse expuesta ella o alguno de sus descendientes a un mal irreparable y grave; 2.º Porque aparece que esta presión se hizo a Gamboa en la noche del día anterior en

Págs.

que se firmaron los contratos, lo que le dejó algún tiempo para resolverse a suscribirlos." Observo que la coacción moral, la amenaza de la cárcel para el hijo, no cesó durante la noche que debió ser aciaga para el padre, constreñido a escoger únicamente entre dos caminos: o la deshonra y la cárcel para su hijo, o la pérdida de su finca, fundada por su esfuerzo personal durante varios años. Continúa la Sala: "3º Porque en tales circunstancias dicha amenaza tiene un carácter equívoco, y a falta de prueba clara en contrario, puede tomarse como simple medio de convicción o persuasión empleada por Calero S. para que Gamboa optara por aceptar los contratos y evitar que su hijo se sometiera a una investigación y posible sanción de la autoridad. La confesión de Calero S. de haber hecho a Gamboa tal amenaza, implicaría entonces, de parte del primero, una advertencia de aquellos posibles males, y el reconocimiento de la deuda con la garantía hipotecaria, de parte de Gamboa, un acto, no sólo justo sino plausible en un hombre honrado, y por lo mismo exento de nulidad, ya que no sería sino el reconocimiento de una indemnización." Estoy en desacuerdo absoluto con esta consideración, pues admitir que la alternativa en que Calero puso a Gamboa de otorgarle una escritura por suma que éste no le debía, y asegurarle la supuesta deuda con la hipoteca de su finca de campo, o en caso de no hacerlo, la cárcel y la deshonra para su hijo, fue una simple advertencia, equivale a destruir en todo caso el concepto de la fuerza que vicia el consentimiento. Con la misma lógica podría decirse que un individuo que le pone a otro una pistola en el pecho amenazándolo con matarlo si no le firma un testamento o un documento cualquiera, le advierte simplemente que la omisión de la firma puede costarle la vida. Quien desea conservarla aprovecha la advertencia, y firma contra su voluntad el testamento. Sigue la Sala: "5º Porque no hay tampoco en autos prueba de que, por un lado, sea una persona que por sus condiciones personales especiales hubiera podido decidirse a suscribir aquellos compromisos con la sola prevención de Calero de que el hijo de aquél podía ir a la cárcel; ni de otro, que Calero, por sus condiciones y antecedentes personales también, fuera persona de inspirar vivo y serio temor a Gamboa si no accedía a sus pretensiones. Estas pruebas habrían sido decisivas en el particular, como lo exige la ley y lo anotan los expositores." A mi entender basta la prueba de que se trataba de un padre amenazado con la cárcel y el deshonor de

Págs.

Págs.

su hijo, esto es un mal irreparable y grave, para quien lleva su sangre y su apellido, para medir la magnitud de la amenaza, para darse cuenta de la enormidad de la coacción moral ejercida sobre un padre para obtener la firma de la escritura que exigía Calero. Y concluye el fallo: '6º Porque si fuera cierto que al firmar Gamboa los contratos en debate se propuso evitar el conocimiento público de los hechos atribuidos a su hijo no habría promovido esta controversia.' Precisamente el hecho de este pleito demuestra que en el ánimo de Gamboa no obró la consideración moral de que estuviera obligado a pagar una suma a título de indemnización por hechos delictuosos de su hijo, como se supone en la sentencia; fue el temor de ver a éste deshonrado y expuesto a ir al presidio lo que determinó un acto que después fue inútil porque ese mal no pudo evitarse, como se desprende de la publicidad de los autos.' (1).

El caso que cita la sentencia del individuo sorprendido por el marido *in flagranti* delito de adulterio con su mujer, es el que cita también Demolombe, y que da derecho a la rescisión del contrato verificado en esas circunstancias; pero el del pleito no es el de la víctima de la ofensa con su ofensor, ni el del acreedor con su deudor, sino el del acreedor con un tercero a quien amenaza con la deshonra o la cárcel para su hijo si no le firma una obligación hipotecaria. (Nota del Relator).

FUERZA Y VIOLENCIA. 122—(Cuerpo del delito) El Juez 1.º Superior de Buga preguntó al Jurado lo siguiente: «¿El acusado Juan Bautista Corrales es responsable, sí o no, de haber sorprendido a la menor púber Belarmina Torres,

(1) Los comentadores clásicos franceses del siglo pasado están de acuerdo con el jurisconsulto Paulo en sostener que no hace fuerza el que usa de su derecho: «*Non videtur vim facere qui jure suo utitur*». «La regla general que ellos sientan en caso tal, es la de que la fuerza no constituye vicio del consentimiento sino cuando es injusta.» Resulta de ese principio, dice Tissier, que la amenaza de recurrir al ejercicio de una vía legal, especialmente ejecutiva, ora sobre la persona, ora sobre sus bienes, no vicia por sí misma el consentimiento dado bajo la presión de esa amenaza. Así, no habría lugar a anular la hipoteca en que un acreedor hubiera hecho consentir a su deudor amenazándole con perseguirle y expropiarle sus bienes. Al obrar así no hace otra cosa el acreedor que usar de su derecho; podría hacer expropiar los bienes de su deudor, y con mayor razón amenazarle para obtener una seguridad. Habría que decidir lo mismo en el caso en que un acreedor hipotecario, para cubrirse el monto de su crédito, amenazase a su deudor con emplear las vías legales de ejecución si el último no vendía sus inmuebles a un tercero indicado por el acreedor. Por lo demás, ni el uso de las vías de derecho, ni la amenaza de recurrir a ellas, por ejemplo, al ejercicio regular de una acción judicial, puede, en principio, comportar la nulidad de las convenciones pactadas bajo su influencia. Necesario es, sin embargo, para que sean aplicables estos principios, que no tenga un carácter abusivo el empleo de las vías legales o la amenaza de emplearlas. Por ejemplo, hay fuerza, en el sentido de la ley, si un acreedor obtiene de su deudor una obligación extraña a la deuda o un aumento de ella turbándole el espíritu y forzándole el consentimiento con el cuadro exagerado de las consecuencias que debe tener para su fortuna o su persona el ejercicio de esos caminos... El principio y la excepción que acabamos de formular se aplican especialmente cuando han sido contraídas obligaciones con la amenaza de una demanda ante los Tribunales o de un denuncia por crimen o delito. Haciendo a un lado las circunstancias, esa demanda o ese denuncia no son otra cosa que el ejercicio de una vía legal. De aquí resulta que en principio la amenaza de recurrir a ella es ciertamente legítima, cuando se ha hecho por la víctima del crimen o delito

y por medios violentos suficientes para dominarla, haber hecho uso carnal de dicha menor, consumando su desfloración, lo que ocurrió en el sitio de Guare, en jurisdicción del Municipio de La Unión, el lunes diez y siete de febrero de mil novecientos treinta, poco antes de mediodía? Contestada afirmativamente la pregunta, fue condenado el procesado a la pena de ocho años de presidio, la que confirmó el Tribunal. Contra el fallo acudió en casación el condenado, alegando violación del artículo 681 del Código Penal, por no estar demostrado el cuerpo del delito de fuerza y violencia.

«Se considera: El cuerpo del delito constituye el fundamento de todo juicio criminal; de suerte que ese elemento tiene que establecerse plenamente en el informativo para que pueda dictarse auto de proceder; constituye él hasta cierto punto una cuestión de derecho, y en algunos casos tiene, como en el presente, un carácter técnico, sobre el cual, por lo mismo, no decide propiamente el Jurado, cuya misión se reduce al examen de hechos, o sea de responsabilidad. En estas condiciones, la Corte en fallos repetidos ha entrado en el estudio de fondo, no obstante el veredicto condenatorio del Jurado, por tratarse de un elemento cuyo estudio corresponde al Juez de derecho, pues si no existe prueba acerca de él, en la forma exigida por la ley, el juicio queda sin fundamento, y no resultando éste, al imponer la pena, se viola la respectiva disposición penal que se haya tenido en cuenta. El cuerpo del delito de fuerza y violencia por que fue condenado Corrales, no podía establecerse con cualquier medio de prueba, sino que exigía el reconocimiento en la persona de la ofendida por verdaderos peritos. Para acredi-

con el fin de obtener la reparación del perjuicio que ese hecho le ha causado. Pero como esa amenaza es susceptible de impresionar vivamente y aun de aterrorizar a aquel contra quien se dirige, puede suceder frecuentemente que degeneren en instrumento de *chantage*, por parte de la víctima del crimen o delito. No hay que decidir, pues, de una manera absoluta, que la obligación es válida siempre cuando la amenaza ha servido para obtenerla» (Tissier. *Traité Théorique et pratique de Droit Civil. Des obligations*). Demolombe considera el caso de las amenazas del acreedor para hacer valer sus derechos y dice: «No es verdad que hábilmente explotadas esas amenazas han podido arrojaros en una situación llena de angustias y aterrorizadores de manera suficiente para destruir la libertad de vuestro consentimiento? Sí, sin duda. Luego, si eso es verdad, existe la fuerza y con carácter tanto más odioso cuanto ha pervertido un medio, que era legítimo, para trocarle en medio detestable de intimidación.... *corruptio optimi pessima!* Concluimos, pues, que si en efecto ha obtenido el acreedor por medio de tales maniobras el consentimiento del deudor, ya para una convención extraña a la deuda, ya para su acrecentamiento, a título de rescate, puede ser rescindible la convención por causa de violencia.... La misma solución es aplicable a la amenaza hecha a una persona de denunciarla por crimen o delito, o de instaurarle un proceso civil para obtener una reparación pecuniaria. Sin duda hay en eso una vía de derecho, cuyo empleo puede ser legítimo. Pero puede degenerar ciertamente en un acto de fuerza de los más caracterizados.... Pablo ha sido sorprendido en flagrante delito de robo o de adulterio, si quis *in furto vel adulterio comprehensus*.... (L. 7, 1. ff. *Quod met. causa*). Y hé aquí que el ofendido, aprovechándose de la turbación y el terror del culpado, emprende en la tarea de practicar con él un odioso *chantage!* y le arranca el consentimiento, ya para la venta de una propiedad, ya para una reparación pecuniaria. Mantenemos que esa convención podrá ser rescindible por causa de violencia.... Una sola condición se requiere, y es que el consentimiento no haya sido arrancado por la fuerza.» (Demolombe, *Cours de Droit Civil*, tomo 24, número 149, etc.).

Págs.

tar que la virginidad se ha perdido por obra de un abuso deshonesto, empleando para ello la fuerza y la violencia, es necesario que tales hechos se precisen por quienes, debido a sus conocimientos técnicos y especiales, estén en capacidad de apreciar la constitución y el funcionamiento del organismo humano. De ahí que el Código Judicial, en el artículo 1621, y al referirse a los médicos indicados para establecer el cuerpo del delito de que se viene hablando, diga que se expresarán por los peritos los términos en que se haya ejecutado tal violencia, el instrumento o medios empleados al efecto, y la naturaleza y resultados del hecho, y por perito entienden los principios, y con ellos el artículo 652 de la misma obra (1), la persona conocidamente hábil e instruída en la ciencia y arte a que pertenezca el punto sobre que ha de oírse su concepto. Sentado lo anterior, se procede a examinar la prueba que tuvieron en cuenta los Jueces de instancia como suficiente para establecer el cuerpo del delito de fuerza y violencia. Tal prueba consiste en el reconocimiento llevado a cabo en la persona de la Torres por dos mujeres ignorantes en cuestiones de medicina, y aun en conocimientos generales de todo orden, hasta el punto de que una de ellas ni siquiera sabe firmar.» (Entra la Corte a examinar el pseudo-dictamen pericial de las mujeres que examinaron a la Torres, y concluye: «Así las cosas, es necesario concluir que el cuerpo del delito de fuerza y violencia por que fue llamado a juicio el acusado, y más tarde condenado, no está legalmente acreditado, y por consiguiente, se violó el artículo 681 del Código Penal, por mala e indebida aplicación.» En consecuencia, la Corte absolvió al sindicado, y ordenó ponerlo en libertad incondicional. (Casación, xxxix, número 1879, noviembre 24 de 1931).....

90, 1ª
y 2ª,
91, 1ª

H

HEREDERO. 123—Los padres de un individuo que falleció atropellado por un ferrocarril demandaron la correspondiente indemnización de perjuicios en juicio que ganaron en ambas instancias. Contra la sentencia del Tribunal recurrió la Compañía del Ferrocarril en demanda de casación alegando que no apareciendo de autos la declaración de herederos de los actores, se había violado el artículo 248 de la Ley 105 de 1890.

«En oposición a este cargo conviene reproducir aquí lo dicho por la Corte en casación de veinte de agosto de mil novecientos veinticinco. 'Que el ca-

(1) Se trata del artículo 652 del antiguo Código Judicial, que es hoy la Ley 105 de 1931. Lo referente a la prueba pericial está considerado en los artículos 705 y siguientes de este nuevo Código.

Págs.

rácter de heredero de una persona no se adquiere por la declaración judicial que se haga de ese carácter, sino por el hecho de la defunción del *de cuius*, que lo haya instituído tal, sin condición, o que por los lazos de la sangre se halle en el caso de ser considerado heredero.' *Gaceta Judicial*, tomo xxxi, 347, 2ª). El que promueve una acción, aduciendo su carácter de heredero legítimo, debe justificar ese hecho con las pruebas demostrativas de su parentesco con el difunto, que no son otras que las correspondientes actas del estado civil, o las pruebas supletorias de tales documentos, mas no está obligado a probar que no hay otros herederos de grado más próximo que el de él; pues como viene dicho, en tal caso es al demandado a quien corresponde probar que hay otro u otros de mejor derecho, si tiene interés en ello.» (1). (Casación, xxxix, número 1881, agosto 25 de 1931).....

254, 1ª

HERIDAS. 124—Al propio tiempo que se le preguntaba a un Jurado sobre la responsabilidad del acusado por un delito de homicidio, se le hizo esta otra pregunta: «¿El encausado Graciano Camilo es responsable de haber herido, con instrumento cortante y punzante (cuchillo), a Florencio Caicedo, en la mano izquierda, en la región del carpo, produciéndose una incapacidad de quince días para trabajar como antes, y dejándole una lesión en los dedos cordial y anular, por haberle interesado con la herida los tendones de esos miembros, hecho que tuvo lugar el día domingo, como a eso de las cuatro de la tarde, en la población de Quilcacé, Distrito de El Tambo, Circuito de Popayán, Distrito Judicial del mismo nombre?» El Jurado respondió: «Sí,» por unanimidad. El Juez se abstuvo de condenar al procesado por el delito de heridas basándose en que no habiéndose hablado en el auto de proceder de las circunstancias de voluntad y premeditación, no había cómo aplicar para el caso de heridas el artículo 648 del Código Penal. Apelada la sentencia, el Tribunal la reformó condenando a Camilo a la pena señalada en el inciso 3.º del artículo 645 del citado Código. Recurrió en casación el defensor del condenado invocando las causales 1.ª y 3.ª del artículo 3.º de la Ley 78 de 1923, para lo cual dijo: «La aplicación del artículo 645 del Código Penal es violatoria de la ley, como quiera que ese artículo se refiere a las heridas *con premeditación*, y esta premeditación quedó descartada desde el auto de proceder, confirmado por el honorable Tribunal. Afirmar, como lo hace el honorable Tribunal, que no alcanza a ver la razón para que el juzgador, de manera oficiosa contra el veredicto del Jurado, descarte este cargo, es decir, el de las heridas, es sencillamente acusar una falta de estudio o de atención, la cual va en menoscabo de los intereses de mi defendido. El señor Juez a quo, no es que haya descartado de oficio y contra el veredicto del Jurado el delito de heridas, sino que no halló en las disposiciones del Código Penal aquella precisa para el caso contemplado.»

(1) Concordancia: número 1842, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte. Concuerda también la «Jurisprudencia de Latorre,» número 214.

Págs.

Dijo la Corte:

«Para resolver se considera: Como el fallo de diez y siete de diciembre de mil novecientos veintiocho, referente a Pedro J. Mesa, publicado en la *Gaceta Judicial*, número 1831, de veinte de noviembre de mil novecientos treinta (ponente doctor Cárdenas), contiene apreciaciones muy adecuadas al caso presente, conviene transcribir algunas de ellas. Entonces se dijo: 'Variadas clases de heridas reconoce el Código Penal, siguiendo una denominación análoga a la establecida con respecto al homicidio, así: heridas cometidas con premeditación (artículos 645 y 654); heridas cometidas con premeditación y circunstancias de asesinato (artículo 651); heridas voluntarias (artículos 652, 653, 654, 655, 660 y 661), y heridas involuntarias (artículos 662 y 663), todas las cuales están sancionadas con penas distintas. La anterior clasificación está indicando con toda claridad que el Código Penal en esta materia distingue entre el simple acto voluntario y el premeditado, lo que quiere decir que no puede ser indiferente para el Juez de derecho que concurra o no esta última circunstancia en las heridas.' Pues bien: es indudable que si en el caso que ahora se tiene en mientes, se le imputó al acusado en el auto de proceder un homicidio simplemente voluntario y unas heridas también voluntarias, pues a través de todo el informativo no aparece prueba alguna de que éstas sean de otra clase; si así se le propuso el cuestionario al Jurado, pues aun cuando en la cuestión relativa a las heridas se omitió la palabra *voluntariamente*, no se puede desconocer que el hecho está comprendido dentro de la misma clase del homicidio, ya que fue ejecutado en el mismo acto, y no habría razón alguna para que aquél tuviera un carácter y las heridas otro distinto, existiendo, por otra parte, la presunción generalísima de que trata el artículo 2º del Código Penal, presunción que cobija indefectiblemente el hecho de las heridas; si, además, la cuestión referente a éstas se contestó por unanimidad afirmativamente por el Jurado, es claro que no se podía, como lo hizo el Tribunal, aplicar el artículo 645, inciso 3.º, que exige para tales heridas la premeditación, no en forma presuntiva, como lo estima aquél y el señor Procurador, sino netamente, específicamente, por más anticientífico que sea, como en realidad lo es, no sólo el artículo en referencia sino todo el capítulo. Pero lo anterior no quiere decir que no se trate, como efectivamente se trata, de heridas voluntarias, según se ha visto. De manera que si la respuesta de

Págs.

los Jueces de conciencia se acomoda, como sucede en realidad, a uno de los casos de tales heridas, es el artículo pertinente de éstas el que debe aplicarse. 'Esta clase de heridas—las voluntarias—se dijo en el fallo precitado de diez y siete de diciembre de mil novecientos veintiocho, no tienen la generalidad que debieran tener en el Código; están limitadas, sin que se justifique la causa de esa limitación, al que voluntariamente hiera, de golpes o maltrate de obra a su padre, madre u otro ascendiente, a su cónyuge (artículo 652), contra el hermano o la hermana, padrastro o madrastra, hijastro o hijastra, suegro o suegra, yerno o nuera, tío o tía carnal, sobrino o sobrina o contra el adoptante o persona con que habita el sindicato o cuyo salario percibe (artículo 653); los salteadores o ladrones que para robar o hacer alguna otra fuerza o en acto de cometer alguno de los delitos, o después para encubrirlos o salvarse, hieran o maltraten de obra a otro en los casos que eximen de la pena común del homicidio voluntario, según los artículos 604 a 606... (artículo 660); en los casos de heridas o maltratamientos causados en riña sin traición ni alevosía ... (artículo 661).' Para determinar si el hecho cuya responsabilidad se ha deducido a Camilo por razón de las heridas a Florencio Caicedo, encuadra en uno de los enumerados en el aparte transcrito, es procedente conocer cómo se desarrollaron los hechos. La relación de ellos, conforme la trae el Tribunal, es la siguiente: 'El domingo veinticinco de mayo de mil novecientos treinta, en las horas de la tarde, se hallaban en la población de Quilcacé, Distrito de El Tambo, Marcelino Olano y Graciano Camilo empeñados en una disputa, en la cual se irrogaban mutuas ofensas. El Inspector de Policía del sitio, Juan Bautista Camilo, los llamó al orden, y les exigió que al día siguiente se presentaran a su Despacho para solucionar las diferencias en que se encontraban. Olano obedeció al empleado, y accedió a presentarse al día siguiente a su Despacho; no así Camilo, quien terminantemente manifestó que no concurriría a la cita que le hacía la autoridad, expresando, además, que estaba listo a oír al Inspector en ese instante sobre lo que se ofreciera. Este empleado se limitó entonces a excitar a los contrincantes a que se retiraran a sus casas; pero luego, como observara que Graciano Camilo amagaba ofender con un cuchillo a José Domingo Camilo, dispuso que el primero de éstos fuera aprehendido para desar-

Págs.

marlo. A esto procedieron varios vecinos del lugar; mas Graciano, notando que se le perseguía, para capturarlo, emprendió la fuga hasta llegar al solar de su casa, donde penetraron los perseguidores. Allí éstos lo acorralaron, y le intimaron prisión, de conformidad con la orden recibida del Inspector de Policía. Graciano no atendió la insinuación, y con el cuchillo que aún empuñaba, acometió a los circunstantes, logrando herir en el brazo izquierdo y en el pecho a Florencio Caicedo. En ese momento Gregorio Ruiz, Secretario del Inspector, que era de los presentes, se aproximó al agresor para defender a Caicedo; fue entonces cuando Graciano levantó el arma que empuñaba y la clavó en el costado izquierdo de Gregorio Ruiz, ocasionándole a éste la muerte instantáneamente. Como se ve, la manera de verificarse los acontecimientos permiten indudablemente la aplicación del artículo 661 del Código Penal, porque no fue otra cosa que una riña lo que se desarrolló entre el perseguido por la autoridad y los que a ésta representaban. Aquél se vio acosado por éstos, y en ese trance hubo de atacar—no justamente desde luego—en la forma en que lo hizo. Siendo esto así, como lo es, la pena aplicable es la del artículo citado, en relación con el inciso 3.º del artículo 645, por haberle quedado al herido la lesión levisima de que trata el cuestionario y a que se refieren los peritos respectivos. Y se debe tener a Camilo como provocador, por cuanto que sin la resistencia que opuso a la autoridad para ser desarmado, no se habrían seguramente producido los hechos de que da cuenta el informativo. En consecuencia, se debe casar parcialmente la sentencia en lo tocante a la pena impuesta por el delito de heridas, por el cual corresponde al sentenciado la pena de un año de reclusión, que, convertida en presidio para los efectos del artículo 33 del Código Penal, equivale a ocho meses de esta pena.» (Casación, xxxix, número 1879, noviembre 13 de 1931).....

81, 1ª
y 2ª, y
82, 1ª

HIJO NATURAL. 125—(Véase *Legitimación*).

HOMICIDIO. 126—Afirmaba el recurrente en casación, en un proceso por homicidio, que debió aplicarse la penalidad atenuada que trae el artículo 602 del Código Penal, en vez del artículo 600 del mismo, aunque el veredicto del Jurado hubiese contestado el cuestionario de manera simplemente afirmativa, sin atenuación alguna.

«En múltiples ocasiones ha dicho la Sala que para la aplicación del inciso 1.º del artículo 602 del Código Penal, es preciso que el veredicto del Jurado dé margen para ello. En el

Págs.

presente caso, según se ha visto, la respuesta de los Jueces de conciencia fue meramente afirmativa, sin agregación ni modificación ninguna, y en tales circunstancias claro está que no era en manera alguna posible la aplicación del inciso en referencia, que contempla un caso de atenuación especial. Cuanto al inciso 2º del precitado artículo, si bien es verdad que para su aplicación no es menester que el veredicto del Jurado contenga los elementos para tal aplicación, si necesita tener base suficiente para ello en el informativo, pues no puede proceder arbitrariamente. En el caso de que se trata, los juzgadores de instancia no encontraron esa base en las constancias del expediente, y por eso se limitaron a la simple aplicación del artículo 600, sin atenuación alguna.» (1). (Casación, xxxix, número 1883, febrero 3 de 1932).....

507, 1ª

— 127—Israel Torres, responsable de haberle dado muerte voluntariamente a Agustín Ortega, según la sentencia del Tribunal de Pasto, recurrió en casación manifestando que debió imponérsele la pena que señala el artículo 603 del Código Penal por haber cometido el homicidio en riña puramente casual.

«La sentencia por mandato legal se dicta de acuerdo con el veredicto, y éste, en el presente caso, declaró la responsabilidad de Israel Torres en un homicidio simplemente voluntario, sin agregación ni modificación alguna. De suerte que al caso correspondía la penalidad que determina el artículo 600 del Código Penal. Para que los Jueces de instancia hubieran podido aplicar la penalidad atenuada que señala la especial disposición consignada en el artículo 603, o sea el de la riña casual, era indispensable que el Jurado hubiera determinado en su contestación en alguna forma, los elementos de hecho que ese artículo consagra, y que el Juez de derecho no tiene facultad para reconocer.» (2). (Casación, xxxix, número 1879, octubre 30 de 1931).....

75, 1ª

— 128—Martín Buitrago, por acortar el camino para sus predios, pasaba por el de Peregrina Mora, a pesar de las prohibiciones de ésta y de la admonición de la autoridad. Un día en que volvió a pasar por el predio de la Mora con una yunta de bueyes, salió la dueña a defenderle el paso, y como no lograra detenerle le agredió con piedras e insultos; a lo cual montó en cólera Buitrago, y con la aguijada de arrear sus bueyes hirió a Peregrina de un grave hurgón, a consecuencia del cual falleció a los cuatro días. El Jurado reunido para el juicio declaró que había herido voluntariamente, en el momento de recibir ofensas graves. El Juez y el Tribunal

(1) Concordancias: números 1880, 1884, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(2) Concordancias: número 1880, 1884, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

condenaron al procesado a la pena de seis años de presidio. El Procurador acusó el fallo del Tribunal por indebida aplicación de la ley penal, pues estimó que debió aplicársele al reo una pena más benigna. La Corte casó la sentencia condenando a tres años de presidio y dijo:

«Tal como se verificaron los acontecimientos, no es posible aceptar la primera tesis que plantea el señor Procurador cuando solicita que la sanción aplicable es la contenida en el artículo 613 del Código Penal. Esta disposición contempla el caso clásico de la culpa delictuosa, o sea, cuando no media voluntad ni menos intención de causar un evento dañoso; la acción en sí es voluntaria, como es la del que se complace en arrojar piedras a la calle sin pensar en las consecuencias que de ese acto resultan, pero que no ejecuta con voluntad ni menos con intención dañada el homicidio, las heridas o los golpes que por consecuencia de ese acto puedan derivarse. Una situación muy distinta se presenta respecto de Buitrago; las pruebas enseñan que ante la actitud agresiva de Peregrina Mora, aquél reaccionó contra ésta en forma violenta, punzándola con la aguijada de que se servía para manejar los bueyes, golpe causado en una parte muy delicada del cuerpo y en una mujer de avanzada edad, llegando hasta arrojarla al suelo. De suerte que Buitrago, si propiamente no tuvo intención de causarle la muerte a la Mora, sí tuvo la de causarle un daño. A lo cual se agrega que Buitrago estuvo en condiciones de prever lo que sucedió, pudiendo haberlo evitado perfectamente, pues entre los dos había mediado una diligencia de policía para que aquél no pasara por el predio de la Mora, y a pesar de esa prohibición, continuó transitando por allí, lo que necesariamente tenía que despertar protestas de parte de la Mora, y aun pudiendo ésta llegar hasta las vías de hecho, como lo hizo en defensa de sus derechos. El acto de Buitrago, claramente se observa, no fue, pues, fruto de la imprudencia, negligencia o impericia. Resta examinar, en presencia del veredicto del Jurado, y establecido que Buitrago sí tuvo intención de causar un daño a Peregrina Mora, qué clase de daño fue el que se propuso ocasionarle, para saber cuál es la sanción que legalmente deba imponérsele, en virtud de lo que establecen los artículos 610, 611 y 612 del Código Penal. A dos interpretaciones puede prestarse la actitud de Buitrago: o la de causar un daño mediano o pequeño, dadas las circunstancias en que se verificó el hecho, y en esa situación es necesario adoptar lo más favorable para el acusado, sobre todo si se tiene en cuenta

Págs.

que, como lo observa el señor Procurador, si se tratara de un homicidio con la modalidad del artículo 605 del Código Penal, modalidad que le agregó el Jurado cuando dijo que Buitrago sí era responsable en el momento de recibir ofensas graves, le habría correspondido apenas una pena de cuatro a ocho meses de prisión, y no sería justo ni equitativo que no habiendo sido voluntario el homicidio sino involuntario, viniera a corresponderle una pena mayor.

«De suerte que la segunda cuestión que como subsidiaria presenta el Procurador, está justificada y debe prosperar.

«En cuanto al segundo grado en que fue calificada la responsabilidad, las alegaciones que hace valer el señor Procurador son también fundadas. En efecto: si Buitrago atacó a la Mora, lo hizo después de ser atacado por ésta, y hasta cierto punto obligado por las circunstancias; de suerte que, sin esas condiciones, el ser mujer la ofendida, ninguna agravación trae al hecho, pudiendo decirse lo mismo de su debilidad, lo que quizás sí fue tenido en cuenta por el acusado para disminuir la intensidad en el ataque, pues de lo contrario, habría podido tener mayores proporciones.

«Por lo que hace a la desobediencia a las órdenes de la autoridad para que no transitara por el predio de la Mora, y el consiguiente atropello al derecho ajeno, que en el fondo constituye una misma circunstancia, como lo anota el Procurador, les corresponden sanciones distintas, de carácter civil o policivo, como la multa, por el desobedecimiento a la autoridad, pero no sirven para establecer la mayor peligrosidad del agente del delito en el hecho por que ha sido juzgado, fuera de que tales circunstancias ni están reconocidas por la ley como agravantes ni guardan analogía con las especificadas por ésta.» (Casación, xxxix, número 1884, abril 14 de 1932).....

HOMICIDIO. 129—Se alegaba que el sentenciador debió aplicar una pena atenuada y no la del artículo 600 del Código Penal.

«Según queda visto, el Jurado afirmó lisa y llanamente la responsabilidad de Rueda como autor de homicidio voluntario, sin que el veredicto contenga pues, en ninguna forma, modalidades correspondientes a los elementos de hecho que tiene previstos el inciso 1.º, artículo 602; y siendo ésta una disposición especial que atenúa la responsabilidad del homicidio voluntario, no es el caso de aplicarla si el Juez de hecho, llamado a calificar

623, 1ª
y 2ª

Págs.

esa responsabilidad, no incluye de alguna manera aquellos elementos en su veredicto. Tal es la doctrina de la Corte, sentada en numerosos fallos.» (Casación, xxxix, número 1884, abril 13 de 1932).....

621, 2ª

I

IDENTIDAD DE UN PREDIO. 130—La identidad de un predio debe comprobarse con peritos, cuando los linderos de los títulos exhibidos no concuerdan, y cuando las partes no convienen en ella. (Casación, xxxix, número 1879, mayo 15 de 1931).....

42, 1ª

IMPEDIMENTOS. 131—Se declaró impedido un Magistrado de la Corte para conocer de la demanda que acusó la Ley 37 de 1932, porque manifestó que se había aprovechado de los beneficios que las disposiciones de esa Ley otorgaban a los deudores.

«Dice el artículo 437 del Código Judicial: 'El Juez en quien concurra alguna de las causales expresadas (las del artículo 435), debe manifestarse impedido para conocer del asunto, exponiendo en el auto el hecho o los hechos que la constituyen.' Ahora bien: si de la exposición de los hechos que hace el Magistrado aparece que el impedimento no existe legalmente, somos de concepto que no puede cumplirse con la segunda parte del artículo expresado, es decir, no puede disponerse que pase el expediente a quien corresponda conocer del asunto. Si, por ejemplo, el Magistrado declara que está impedido por ser pariente en el quinto grado de consanguinidad con uno de los litigantes, no puede decretarse su separación del conocimiento del negocio, porque, según la ley, la causal está limitada al cuarto grado de parentesco. Si declara que tiene interés en el pleito por una causa cualquiera, que no tenga relación con tal interés, no es el caso tampoco de declararlo separado del conocimiento del juicio. El nuevo Código suprimió la tramitación que traía el anterior, sobre calificación del impedimento, pero eso no quiere decir que si la causal manifestada no cuadra con ninguna de las que la ley señala, haya de declararse la separación sin discernimiento alguno. En el presente caso el señor Magistrado declara que está impedido para conocer de la acusación de la Ley 37 de 1932, sobre deudas particulares, y de los decretos sobre lo mismo, porque se aprovechó de los beneficios que para los deudores otorgaban tales disposiciones, con un arreglo que verificó con el banco acreedor, cuando entraron a regir la Ley y los Decretos que son materia de la acusación. La Corte no puede poner, ni pone en duda, los hechos relatados

Págs.

por el señor Magistrado doctor Luzardo Fortoul; pero si, como ellos rezan, verificó en su calidad de deudor un arreglo con el banco acreedor, carece en absoluto de interés acerca del resultado de la acusación; el fallo, ya sea adverso o favorable a la acusación, es completamente ajeno a sus intereses.» (Informe o concepto de algunos Magistrados de la Corte, xxxix, número 1879).....

3, 2ª

IMPUGNACIÓN DE LA LEGITIMIDAD. 132—Tomás y Dominga Salazar demandaron, entre otros, a María Durán de Mercado, ante el juez 1.º del Circuito de Sabanalarga, para que se declarase que ésta no tenía la condición de hija natural de Ana Clara Durán y para que se declarase al propio tiempo, que los actores tenían mejor derecho que la demandada como herederos colaterales legítimos de Ana Clara Durán. Impugnaron los actores la legitimidad de María Durán como hija de Ana Clara Durán y Dionisio Muñoz. Fallado el pleito en ambas instancias contra las pretensiones de los demandantes, recurrieron en casación señalando como violados por la sentencia del Tribunal de Barranquilla los artículos 219 y 221 del Código Civil, pues dijeron, 'por el solo hecho de haber muerto el padre sin impugnar la legitimidad de María, no puede declararse que los demandantes carecen de la acción que han promovido, pues a éstos les irroga perjuicio actual la pretendida legitimidad, como que declarada la ilegitimidad, los demandantes serían herederos de la madre.'

Dijo la Corte:

«Se observa: Es cierto que el Tribunal reprodujo y prohibió el siguiente concepto de un alegato de instancia: 'Nadie, fuera del marido o de los herederos del marido, puede levantar su voz contra la presunción de legitimidad del hijo.' Y en otra parte agregó: 'Para el Tribunal, María Durán de Mercado tiene la condición legal de hija legítima de Dionisio Muñoz y Ana Clara Durán, a la luz de la prueba que encuentra el matrimonio de Ana Clara Durán y Dionisio Muñoz, existente y válido a la fecha en que María Durán nació....' 'El concepto prohibido es inadmisibles por sus términos absolutos y violatorio de los artículos 219 y 221 del Código Civil. En efecto: muerto el marido antes de expirar el plazo legal que tiene para impugnar la legitimidad del hijo, podían hacer la impugnación no sólo los herederos de aquél, sino toda persona a quien la pretendida legitimidad irroga perjuicio actual; y aun los ascendientes legítimos del marido, aunque no sean parte en la sucesión de éste, tendrán derecho para promover el juicio de ilegitimidad. Quizás el Tribunal acogió el concepto de que se trata teniendo en cuenta que María Durán nació en 1882, cuando regía en el Estado de Bolívar el Código Civil de 1862, cuyo artículo 185 decía: 'Si el marido mue-

Págs.

re antes de transcurrir el plazo que le asigna el artículo anterior (treinta días), los parientes suyos que tengan interés en excluir al hijo de la herencia paterna o de los derechos que da la filiación, podrán intentar la acción que el artículo 181 concede al marido, dentro de treinta días después de que llegue a noticia de ellos cualquier acto ejecutado a nombre del hijo en calidad de heredero; pasado este término no es admisible la acción.' Empero, muerto Dionisio Muñoz el diez y seis de julio de mil novecientos veinte, son aplicables las disposiciones del Código Civil actual. Si bien es cierto que el artículo 20 de la Ley 153 de 1887 establece que el estado civil de las personas, adquirido conforme a las leyes vigentes a la fecha de su constitución, subsiste aunque aquella Ley fuere abolida, como no se ha probado que Muñoz hubiera sabido el nacimiento de María Durán estando aún vigente el Código bolivarense citado, y que hubiera dejado pasar el término de treinta días para incoar el juicio de desconocimiento, no se puede negar en principio que al entrar a regir el actual Código adoptado para la Nación por la Ley 57 del mentado año de mil ochocientos ochenta y siete, le era dable al expresado Muñoz promover la impugnación en el término de sesenta días, a partir de aquel en que tuvo conocimiento del parto, y que, por muerte de él, el derecho pasaba a sus herederos y, en general, a los actualmente perjudicados por la pretendida legitimidad de la señora Durán de Mercado. En este caso querría decir que no estaba consolidado en la Durán el estado de hija legítima cuando comenzó a imperar el Código Civil Nacional. La propia observación ocurre respecto del tránsito del Código bolivarense de 1862 al que, expedido en 1883, comenzó a regir en el mismo Estado el primero de enero de mil ochocientos ochenta y cinco. (Este Código trata sobre la materia disposiciones iguales a las del Código Nacional). Por consiguiente, es violatorio de la ley—se repite—el haber considerado el sentenciador que por el solo hecho de haber muerto Muñoz sin impugnar la legitimidad de María Durán, ya ésta no podía ser impugnada por actuales perjudicados, aunque no sean herederos de aquel señor. Y que los demandantes son perjudicados actuales, resulta innegable, porque a fuer de colaterales legítimos dentro del cuarto grado de consanguinidad de la señora Ana Clara Durán y desechados los parientes naturales de ésta, serían aquéllos los llamados a recoger la herencia. Este sería motivo suficiente para casar la sentencia, si no fuera porque ella en-

Págs.

cuenta apoyo en otros fundamentos, según el artículo 12, inciso final de la Ley 90 de 1920.» (Casación, xxxix, número 1879, marzo 27 de 1931)....

6, 1ª
y 2ª

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. 133—Se alegó como causal de casación en un juicio de reivindicación por el actor que perdió el pleito, la cuarta que reconocía el artículo 2.º de la Ley 169 de 1896, o sea, incompetencia de jurisdicción improrrogable en el Tribunal sentenciador, y se basó en que el demandado había apelado de la sentencia de primer grado por medio de un memorial telegráfico que no se extendió en papel competente, y que como esa apelación estuvo mal concedida, el Tribunal no adquirió jurisdicción.

«.... La incompetencia de jurisdicción consiste en que el Tribunal conozca de un asunto que no le está atribuido a él en segunda instancia, sino a otro fallador, cosa que no sucede al presente, porque este juicio es ordinario, de mayor cuantía, juicio de que cenocen en segunda instancia los Tribunales por disposición expresa de la ley. Esta es jurisprudencia constante de la Corte. (Casación, 26 de julio de 1916, *Gaceta Judicial*, tomo xxvii, página 253. 2ª)» (1). (Casación, xxxix, número 1880, junio 1º de 1931).

121, 2ª

INCONGRUENCIA. 134—«La Corte ha venido declarando desde 1896, y en repetidas decisiones, que 'el fallo del Tribunal por el cual se niega la existencia del derecho alegado por las partes, no puede tacharse de incongruente con las pretensiones de éstas. Si el fallo es ilegal, porque desconoce sin razón el derecho invocado en la demanda, eso no quiere decir que caiga bajo la sanción del inciso 2.º del artículo 2º de la Ley 169 de 1896» (2). (Auto, Sala de Casación en lo Civil, xxxix, número 1880, julio 23 de 1931).....

163, 2ª

— 135—La incongruencia de un fallo no debe buscarse en su parte motiva sino en la resolutive, comparando ésta con las peticiones de la demanda. (Casación, xxxix, número 1884, abril 11 de 1932).....

577, 1ª

INDICIOS. 136—Bernardo Alvarez G. demandó a Roberto Moreno para que se le condenase a devolverle una suma de dinero que éste le ganó a aquél al juego. Obtenida sentencia favorable al actor en el Tribunal, recurrió en casación ante la Corte el demandado, donde se casó parcialmente la sentencia, la cual fue acusada por la apreciación de la prueba indiciaria.

«.... Conviene advertir que la sentencia recurrida descansa sobre la prueba indiciaria y que, tratándose de semejante prueba, no es lógico desechar

(1) Concordancias: números 1900, tomo 1º de la «Jurisprudencia de la Corte,» número 1154, tomo 2º

(2) Concordancias: números 1912, 1913, tomo 1º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

aquellos indicios que no versan directamente sobre el asunto que va a establecerse, sino buscando el engranaje existente entre ellos y la fuerza recíproca que se prestan unos a otros. El sentenciador goza de amplia libertad para la apreciación de indicios; y sólo cuando se le convenza de un error evidente de hecho o de derecho en la estimación de los hechos constitutivos de los indicios, es justificable la acusación del fallo. Tal es la doctrina sentada al respecto por la Corte (véanse los números 2006 y 2007 del tomo 3º de la *Jurisprudencia*), la cual ha agregado que la apreciación que el Tribunal hace de los indicios, en cuanto a su mérito probatorio, es inobjetable en casación, supuesto que tal apreciación es operación exclusiva del criterio y la conciencia del juzgador, no sujeta al veto de la Corte como Tribunal de casación.» (1). (Casación, xxxix, número 1879, mayo 20 de 1931)...

52, 1ª

- 137—Delfín Mendoza demandó a Saad M. Mor para que le pagase una suma determinada de dinero en que estimó los perjuicios que dijo se le habían causado por culpa del demandado al privarle de un automóvil que fue embargado y secuestrado en juicio distinto. Fallado el pleito en el Tribunal contra las pretensiones del actor, atacó en demanda de casación la sentencia por haber estimado como indicios algunos en contra del actor, tales como la omisión de éste en ejercitar la acción que le dispensaba el artículo 195 de la Ley 105 de 1890, para obtener sumariamente la restitución del vehículo depositado provisionalmente, lo que comprobaba, en sentir del Tribunal, que el perjuicio provenía más de negligencia del dueño que de los actos de denuncia, embargo y depósito obtenidos por el ejecutante Mor.

«Ciertos o no estos indicios, era el caso de que el recurrente los hubiera atacado en este recurso amoldándose a las normas de casación, amplia y repetidamente establecidas en la jurisprudencia de la Corte y que pueden resumirse así: 'El recurrente en casación puede atacar la prueba de indicios en que se apoyó el Tribunal sentenciador, demostrando que tales indicios no están probados, o que las pruebas demostrativas del indicio han sido apreciadas por el sentenciador con error evidente de hecho.» (2) (Casación, xxxix, número 1879, mayo 26 de 1931)...

44, 2ª

INDICIOS. 138—El grado de convicción que hayan podido producir en el ánimo del sentenciador los indicios es asunto que escapa a la casación. (Casación, xxxix, número 1880, junio 22 de 1931).

139, 2ª

(1) Concordancias: números 1929, tomo 1º de la «Jurisprudencia de la Corte,» 1226, tomo 2.º

(2) Concordancia: número 2004, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

- 139—En un juicio ordinario sobre reivindicación en que la parte demandada alegó la excepción de carencia de acción que fundó en que el actor no había adquirido el derecho de dominio sobre la finca reivindicada en virtud de que la simulación de contrato no le daba valor ni existencia legal a éste, el Tribunal sentenciador encontró probada, por indicios, la simulación alegada por el demandado.

«El recurrente, tanto ante el Tribunal como ante la Corte, combate estos indicios uno a uno, cosa inadmisibles, porque con ese método ninguna prueba de indicios resistiría al análisis. En atención a esto ha dicho la Corte que no es lógico combatir éstos de uno en uno, sin buscar el engranaje existente entre ellos y la fuerza recíproca que se prestan unos a otros.» (1). (Casación, xxxix, número 1880, mayo 30 de 1931)

117, 1ª

- 140—En un juicio sobre cumplimiento de un contrato de arrendamiento en el cual hubo demanda de reconvención para el pago de perjuicios, estimó el sentenciador que la manifestación del demandado al recomendado del actor arrendatario, para pagarle el precio del canon de arrendamiento, de estar terminado el contrato, tenía por objeto justificar la no aceptación del pago y era indicio de que la oferta se había hecho.

«El hecho de la manifestación es cierto y no halla la Corte error de derecho en haber tomado de ella el sentenciador un indicio, porque indicio es todo hecho conocido que por su relación más o menos íntima con el hecho que se cuestiona puede servir para inclinar la razón a la creencia en la realidad del segundo. A semejante hecho le hace el Tribunal algunas reflexiones con el fin de acreditar su enlace con el hecho de la oferta; mas esta apreciación puramente subjetiva del indicio escapa a la casación, según conocida jurisprudencia de la Corte al respecto.» (Casación, xxxix, número 1883, diciembre 16 de 1931)...

427, 2ª

- 141—La calificación de ser vehementes los indicios hecha por el Tribunal no puede combatirse en casación sino en cuanto sea manifestamente ilógica. (Casación, xxxix, número 1880, mayo 30 de 1931)

119, 2ª

- 142—Se alegó en demanda de casación de la sentencia de un Tribunal que confirmó a la primera instancia en cuanto accedía a todas las peticiones del actor sobre impugnación de la maternidad de un pretendido hijo legítimo, que habían sido violados los artículos 587 y 590 del antiguo Código Judicial.

«Se considera: está plenamente probado con la partida de bautismo de Bárbara Múnera, que ésta fue bautizada el 9 de junio de 1866, y que, por consiguiente, tenía cincuenta años en el mes de agosto de 1916, fecha en

(1) Cita la Corte los números 2005, 2006, 2011, 2012 y 2013, tomo 3.º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

que nació el demandado José Marcos Correa, según lo indica la partida de bautismo de éste, de lo cual dedujo el Tribunal la posibilidad de que ya para este tiempo la expresada señora fuera estéril, y que, por consiguiente, no sea ella la madre de dicho demandado. La apreciación que de ese hecho hizo el Tribunal, considerándolo como indicio o base para conjeturar en pro del hecho controvertido no puede tacharse de violación del artículo 587 del Código Judicial, ni es procedente el cargo por error de derecho fundado en que la sentencia está en desacuerdo con los conceptos científicos de determinado tratadista... Tampoco halla la Corte justificada la acusación en lo referente al artículo 590 del mismo Código, con relación a la prueba a que este cargo se concreta, toda vez que el fallo no se funda en ese solo indicio o conjetura, sino en diversos indicios claramente detallados en su parte motiva; y, a este respecto, conviene repetir lo que en varias ocasiones ha dicho la Corte: 'cuando los indicios no son necesarios, el grado de fuerza y su relación más o menos estrecha con el hecho que se trata de demostrar, son materia de una apreciación inductiva del juzgador, que escapa a la casación, desde luego que en esa operación de la inteligencia, que es una serie de razonamientos, no puede haber el error evidente de hecho, indispensable para poder variar la estimación de la prueba hecha por el sentenciador.' *Gaceta Judicial*, tomo xxviii, 267, 3ª» (1). (Casación xxxix, número 1881, agosto 20 de 1931).....

244, 2ª y
245, 1ª

- 143—Se declararon nulos unos contratos que constaban en unas escrituras y para ello tuvo en cuenta el sentenciador la confesión extrajudicial, agregada a varios indicios, por parte de algunos de los demandados, circunstancias que no halló probadas con relación a los otros. Se acusó la sentencia por no haber condenado a todos los demandados.

«Como el Tribunal llegó a la conclusión de que eran parcialmente simulados los contratos materia del pleito, en virtud de un haz de indicios y conjeturas, cuya fuerza probatoria depende del enlace que tienen unos con otros, es claro que faltando uno de los elementos de juicio en relación con algunos de los demandados no podía el Tribunal formar la convicción que tuvo respecto de los otros. De otro lado, en lo que concierne a la fuerza probatoria de los indicios y a la mayor o menor relación que tengan con los hechos que se trata de demostrar, el criterio del Tribunal es soberano, y la Corte no

Págs.

puede sustituir su juicio por el del sentenciador, sino en los casos especialmente previstos en una jurisprudencia que sobra repetir aquí.» (1). (Casación, xxxix, número 1883, diciembre 17 de 1931).....

450, 1ª

INDÍGENAS. 144—En un proceso criminal por heridas alegaba el recurrente que siendo indígena el reo no estaba sometido al derecho común y se había dictado la sentencia por un Tribunal que no era el competente para conocer del juicio.

«Como la causal alegada en segundo término es la base de la primera, a ella hay que atender principalmente, porque es obvio que si tiene razón el recurrente en lo que afirma acerca de su defendido, evidentemente existe la violación de las disposiciones legales a que alude. Pero el problema que él presenta, es el mismo que ya resolvió la Sala con fecha diez y siete de junio de mil novecientos veintisiete, con motivo de la casación interpuesta en el caso de Marcelino García, sentencia que se halla publicada en los números 1763 y 1764 de la *Gaceta Judicial* de 15 de febrero de 1928. En efecto, allí se dijo: 'En la demanda de casación se invoca como primera causal la contenida en el inciso 4º del artículo 30, Ley 78 de 1923, o sea, haberse dictado la sentencia por un Tribunal sin ser competente para conocer del auto.' Como fundamento de esta causal se presenta la de que siendo el acusado un indígena perteneciente a una parcialidad, la causa adolece de nulidad, por haberse fallado por autoridad que no tenía jurisdicción para ello, si se tiene en cuenta lo que dispone el artículo 1.º de la Ley 89 de 1890, que dice: 'La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de misiones. En consecuencia, el Gobierno de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas.' Olvidó el recurrente, al formular el anterior argumento, que en el presente caso el acusado Marcelino García no es un simple salvaje que estuviera reduciéndose a la vida civilizada mediante la intervención de las misiones, sino como él mismo lo sostiene, de un indígena perteneciente a una parcialidad, a una comunidad, según lo declaran los testigos del proceso, y en esa situación es necesario tener en cuenta lo que dispone el artículo 2.º de la Ley citada, y que dice: 'Las comunidades de indígenas reducidos ya a la vida civil, tampoco se regirán por las leyes generales de la Repúbli-

(1) El artículo 590 es hoy el 665 del nuevo Código Judicial. El 587 del antiguo Código, que definía el indicio, no fue reproducido en el nuevo.

(1) Se refiere la Corte a aquellos casos en que se haya incurrido en un error de hecho evidente en la apreciación de los indicios

Págs.

ca en asuntos de resguardos. En tal virtud se gobernarán por las disposiciones consignadas a continuación.' De suerte que de acuerdo con este último artículo, esas comunidades de indígenas solamente se rigen por disposiciones especiales en lo relacionado con los resguardos, o sea con sus propiedades, con su patrimonio, pero en todo lo demás quedan sujetas a la legislación general. Por consiguiente, las autoridades judiciales sí tenían y tienen jurisdicción para conocer de esta clase de asuntos, y en consecuencia la nulidad que se alega no tiene fundamento legal.

«Lo propio sucede, y quizás con mayor razón ahora, en el caso que se contempla. El juzgador de primera instancia ha demostrado con toda amplitud, que no es aceptable la tesis del defensor de Domicó, por cuanto este sujeto no sólo se halla reducido a la vida civilizada, sino que pertenece a un resguardo que no se halla reconocido en forma legal.» (Casación xxxix, número 1884, abril 20 de 1932) 626, 2ª y 627, 1ª

INDIVISIBILIDAD DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA. 145—

Se acusó la sentencia de un Tribunal que decretó la resolución de un contrato de compraventa, por indebida aplicación del artículo 1585 del Código Civil y, especialmente, atacándola por el siguiente paso: «La resolución de un contrato es algo indivisible intelectualmente, porque no se concibe que parte del contrato subsista y parte nó, y en esas circunstancias la obligación de someterse a la condición resolutoria tácita por parte del comprador que ha dejado de pagar el precio en la forma convenida, debe ser igualmente indivisible, lo que da al heredero derecho de hacer valer la sobredicha acción resolutoria, como lo prevé el segundo término del artículo 1585 del Código Civil, aunque no obre en concurso con los demás herederos.»

Dice la Corte:

«El Tribunal, argumenta el recurrente, para otorgar al actor el derecho a la acción resolutoria, situó erradamente la cuestión desde el punto de vista de la indivisibilidad de la obligación, y como consecuencia aplicó, también erradamente al caso que se estudia, la doctrina del artículo 1585 del Código Civil desde luego que no tuvo en cuenta que, precisamente, aquí se trata de la efectividad alternativa tácita que adquiere dicho comprador, constituido en mora de pagar el precio, según el artículo 1930, y que para hacer efectiva esta obligación alternativa, los herederos del acreedor, de conformidad con el numeral 6º del artículo 1583, deben obrar todos de consuno, y que si así no lo hacen, la acción aislada de uno solo de ellos es necesariamente ineficaz y baldía. Se considera: La Corte mantiene la doctrina

Págs.

establecida, según la cual, 'el comprador sólo debe el precio; si no paga y subsiste la acción de cobro, el vendedor puede optar por la resolución del contrato. Es un derecho optativo del vendedor, no una obligación alternativa del comprador. Prescrita la acción de cobro no procede la resolución.' (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo III, número 732). Con anterioridad a la sentencia citada, dijo la Corte: 'Muerto el causante de una sucesión, las acciones que él tuviera competen a los herederos; pero no puede sostenerse que para ejercitar tales acciones deban éstos proceder en todo caso conjuntamente y de común acuerdo. Si tal cosa se exigiese que darían lugar a nulidad en la mayor parte de los casos las acciones de la sucesión, pues bastaría que uno solo de aquellos careciese de interés en la acción o tuviera un interés contrario a ella, para que fuese imposible el ejercicio de la misma.' (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo II, número 1069). Como la resolución es una acción indivisible, el Tribunal aplicó acertadamente el artículo 1585 del Código Civil, y cuerdamente se abstuvo de aplicar los artículos 1556 y 1584.» (Casación, xxxix, número 1884, marzo 30 de 1932) ... 564, 1ª

INEXEQUIBILIDAD. 146—La Corte puede declarar inexecutable las leyes o actos inconstitucionales anteriores al Acto legislativo número 3 de 1910.

En la tramitación de la demanda sobre inexecutable de los artículos 1.º a 6.º del Decreto legislativo número 2 del 19 de enero de 1906, 4.º del Decreto legislativo número 37 del 10 de julio del mismo año y 2.º del Decreto legislativo número 48 del 14 de septiembre, igualmente de ese año, opinó el Procurador General de la Nación que tratándose de actos legislativos anteriores al año de 1910, no podían declararse inexecutable y carecía de competencia la Corte para conocer de la demanda.

Dijo la Corte afirmando su competencia en tales casos:

«Que el ánimo del constituyente de 1910 fue hacer extensiva la indicada facultad de la Corte a las leyes y decretos ejecutivos anteriores al Acto legislativo número 3 de aquel año, lo hace ostensible la redacción del artículo 41 al someter a la jurisdicción de la Corte *todas las leyes o decretos* acusados ante ella por cualquier ciudadano, sin distinción alguna entre las anteriores y las posteriores a la mencionada reforma, circunstancia que no permite establecer separación entre los unos y los otros para el efecto del ejercicio de la atribución allí conferida. Y no podía ser de otro modo, dado que la Constitución debe prevalecer sobre la ley en todo caso, sea cual fuere la fecha de ésta. Tal ha sido de otra parte la doctrina constante de la Corte. En sentencia

Págs.

de fecha treinta de mayo de mil novecientos once, dictada por la Sala de Negocios Generales, que por entonces conocía de los asuntos de inexecutable de las leyes y decretos, se lee: 'Finalmente, aunque el decreto ejecutivo que comprende el artículo denunciado es anterior a la disposición constitucional que faculta a la Corte para declarar inexecutable los que sean inconstitucionales, tal disposición se extiende a los anteriores a ella, porque no se refiere a tiempo determinado, y porque su objeto ha sido el de que se pueda con su ejercicio suspender los efectos de los decretos inconstitucionales del Poder Ejecutivo sin consideración a su anterioridad o posterioridad a ella.' (*Gaceta Judicial*, tomo xx, página 25). En otros fallos ha entrado directamente la Corte a revisar leyes y decretos anteriores a la expedición del Acto legislativo número 3 de 1910, sin hacer observación alguna acerca de su competencia, pero admitiéndola irrestrictamente, como lo presupone el hecho de haber aprehendido el conocimiento y fallado de fondo las demandas.» (Sentencia, Corte Plena, tomo xxxix, número 1879, mayo 29 de 1933).....

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO. 147—Se alegó en un proceso criminal por homicidio la primera causal de casación conforme a la Ley 78 de 1923, que el recurrente hizo valer como una consecuencia de la causal segunda, pues dijo que siendo el veredicto injusto se habían violado las disposiciones que tuvo en mira el Tribunal al confirmar la Sentencia condenatoria.

«La Corte ha dicho varias veces, al tratar de esta cuestión de la injusticia notoria, que el legislador la había dejado de la competencia exclusiva del Juez Superior y del Tribunal. Por vía de doctrina, y con el fin de hacer prevalecer un amplio criterio de equidad, admitió esta Sala que la sentencia condenatoria proferida en desarrollo de un veredicto notoriamente injusto, violaba, si no directa por lo menos indirectamente, la ley penal, pudiendo tal sentencia ser atacada por este motivo ante la Corte, pero siempre que tal recurso se hubiera ejercitado previamente por lo menos ante el Tribunal, con el fin de que éste lo tratara y fuera materia de decisión en su fallo, es decir, había exigido la condición de que ahora había la Ley 118, lo que se consignó en ella a moción de esta Sala (1). El motivo de esta condición o exigencia previa es muy claro: los diversos recursos que establece la ley tienen que ejercitarse en el orden natural y sucesivo que ella va indicando, no sólo porque así lo reclama la armonía en el procedimiento, sino porque así se ga-

(1) Ley 118 de 1931.

2, 2ª

Págs.

rantiza el mejor acierto en la decisión y fines que persigue la justicia. Así, por ejemplo, no se concibe que se interponga recurso de casación contra un fallo, sin que previamente se surta apelación. Los Jueces de instancia, por razón de sus atribuciones, son los que se encuentran en mejores condiciones para examinar lo pertinente con la injusticia notoria de un veredicto, y es, por lo tanto, necesario que ellos expongan o se les haga exponer los motivos que encuentren, de acuerdo con las constancias procesales, para no hacer esa declaratoria, y mal se puede atacar y combatir en casación lo que no es ni ha sido materia del fallo acusado, que es precisamente lo que acontece en esta ocasión.» (1). (Casación, xxxix, número 1883, enero 30 de 1932) 504, 2ª y 505, 1ª

INJUSTICIA NOTORIA. 148—Un recurrente en casación contra una sentencia de Tribunal que lo condenó como reo de homicidio voluntario, pretendió que había sido notoriamente injusto el veredicto del Jurado y atacó la sentencia por violación de ley sustantiva.

«Desde luego se observa que si la Sala entra a considerar en casación el aspecto de la injusticia notoria, es porque conforme a jurisprudencia sentada al respecto, así tiene de hacerse, cuandoquiera que tal punto ha sido materia de debate en las instancias, pues entonces a ese respecto debe examinarse si ha habido violación de la ley por parte del juzgador.» (Casación, xxix, número 1879, noviembre 13 de 1931)..... 83, 1ª

INSPECCIÓN OCULAR. 149—Un Municipio recurrió en demanda de casación de la sentencia que le condenó por los perjuicios demandados, acusando el fallo de error de derecho en la apreciación de la prueba de inspección ocular, porque el sentenciador le había dado valor a la diligencia de inspección extrajudicial acompañada por los actores, siendo así que para que esa prueba preste mérito debe ser practicada por el Juez de la causa, según la opinión del recurrente.

«Se observa: Es verdad que los artículos 541 y 545 del Código Judicial (2) hablan de la inspección practicada por el Juez de la causa, pero también lo es que la misma ley judicial le da valor probatorio a la inspección practicada fuera de juicio, como puede verse leyendo el artículo 734 del Código Judicial (3), disposición que se corrobora y complementa con el artículo 728 (4), pues allí se señalan casos en que se puede pedir

(1) Concordancias: números 2052 y 2053, tomo 3.º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(2) Artículos 597 y 599 del nuevo Código Judicial.

(3) Artículos 727 y siguientes del nuevo Código.

(4) Artículos 731 y 732 del nuevo Código

Págs.

la inspección ocular fuera de juicio, para comprobar hechos y estados de heredades o cosas que puedan haber desaparecido una vez iniciado el juicio. Sobre esta disposición del artículo 734 hay jurisprudencia de la Corte que le da valor a la inspección ocular fuera de juicio, siempre que al practicarse se llenen los requisitos exigidos por la ley, cosa que sucede al presente. (Sentencia de 17 de diciembre de 1913, tomo xxiv, página 314). La diligencia de inspección ocular es un documento auténtico, al tenor del artículo 678 del Código Judicial (1), porque ella es una actuación judicial practicada con las formalidades legales, y los documentos auténticos, para que se aprecien en el término probatorio, no tienen que reproducirse durante él cuando han sido acompañados con la demanda, como sucede en el caso que se estudia (artículo 706, Código Judicial).» (2) (Casación, xxxix, número 1882, noviembre 3 de 1931).....

330, 1ª

INSTRUMENTO AUTÉNTICO. 150—El Tribunal del Departamento del Tolima, a instancias de su Fiscal, decretó el secuestro y embargo preventivos de varios bienes muebles e inmuebles de Salvador Castro con la presentación de la copia auténtica del documento en que Castro se constituyó deudor del Tesoro Departamental, expedida aquella copia por este funcionario. Se alegó que esa copia no era documento auténtico.

«El reclamante pierde de vista que para acreditar sumariamente la calidad de acreedor, basta la copia del documento, expedida en la forma que aparece aquí. Y la razón es clara: ese documento reposa en una oficina pública, cual es la Tesorería del Departamento del Tolima; y es bien sabido que las copias autorizadas por los empleados respectivos son documentos auténticos, los cuales comportan prueba legal y plena. (Código Judicial, artículos 541 y 678, ordinal 2º) (3). Desde luego la prueba sumaria—esa es su característica—se obtiene sin audiencia de la parte contraria, pero no por esto es ilegal, ni deja de suministrar la convicción necesaria acerca de la verdad o falsedad del hecho. (Código Judicial, artículo 539) (4) La prueba sumaria, que es prueba obtenida 'brevemente sin todas las formalidades de un juicio,' no es, desde luego, la prueba requerida por la ley para dar sentencia de fondo, o sea para condenar al pago de la deuda, pero para el efecto de un embargo preventivo sí es suficien-

(1) Artículo 632 del nuevo Código.

(2) Artículo 597 del nuevo Código Judicial.

(3) El artículo 678 citado es hoy el 632 del nuevo Código Judicial.

(4) Artículo 594 del nuevo Código Judicial.

Págs.

te la copia expedida en las condiciones en que figura aquí. Tal copia es prueba legal, porque ha sido autorizada por un funcionario competente, en ejercicio de sus funciones, y es bien sabido que las copias así obtenidas son documentos auténticos, al tenor de los artículos 678 del Código Judicial y 1758 del Código Civil. No ha dicho la Corte, como el señor apoderado le imputa, que el documento privado se convierta en público o auténtico por el hecho de ir a una oficina pública. Lo que ella considera es que la copia autorizada por un funcionario competente, de cualquier documento que mantenga en su archivo, es instrumento auténtico; auténtico, porque es cierto y positivo que la expidió el mismo funcionario; porque es cierto y positivo que el texto reproduce el del original, y porque, en una palabra, hace fe acerca de su contenido. Otra cosa es que esa copia, con todos sus caracteres de autenticidad, sea ineficaz en juicio plenario; pero de que así sea no se deduce que no sirva para acreditar sumariamente la calidad de acreedor de aquel en cuyo favor aparece otorgado el documento a que la misma copia se refiere. Y si las copias en cuestión no fueren instrumentos auténticos, mucho menos lo serán privados, y entonces carecerían de todo carácter, nada acreditarían; y esto sí es absurdo, para usar del lenguaje del apoderado del recurrente.» (Auto, Sala de Negocios Generales, xxxix, número 1880, marzo 12 de 1931).....

203, 1ª,
y 204,
1ª

— **PÚBLICO. 151**—El opositor a un deslinde y a la diligencia misma de deslinde alegó en demanda de casación que el Tribunal había considerado que una declaración en una escritura pública de que un fundo forma parte de otro, es, con respecto a terceros, plena prueba de la verdad de ese aserto. Consideraba el recurrente que con esa apreciación, evidentemente errónea, se había violado el artículo 1759 del Código Civil.

«Considera la Corte que para decidir una cuestión de límites es pertinente la prueba de los títulos de dominio de los litigantes, aunque esos títulos no establezcan relaciones entre ellos, pues los instrumentos públicos hacen plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha; y relativamente a la propiedad prueban el dominio *erga omnes*, o contra todos, mientras no se opongan a quien los exhibe, títulos prevalecientes. Pero de ese principio no puede desprenderse la consecuencia de que las meras enunciaciones de esos títulos puedan perjudicar a terceros. Por el error de derecho apuntado que entraña la violación del artículo 1759 del Código Civil, en el sentido que se ha

Págs.

expuesto, ha de casarse la sentencia del Tribunal.» (Casación, xxxix, número 1883, febrero 26 de 1932)

495, 2ª
y 496,
1ª

- 152—En juicio de contradicción a un destino alegó el recurrente en demanda de casación de la sentencia del Tribunal que había sido violado el artículo 1759 del Código Civil.

«El artículo 1759, cuya violación acusa el recurrente, si bien concebido en términos absolutos, está interpretado por la Corte en diversas decisiones que corrigen por jurisprudencia los defectos de redacción: 'El principio jurídico, ha declarado esta Superioridad, consagrado en el artículo 1759 del Código Civil, según el cual no tienen fuerza contra terceros las declaraciones que hacen los contratantes en un instrumento público, no quiere decir que una escritura de venta, registrada, no sirva de prueba al comprador para defender su dominio contra terceros que no presenten pruebas preferentes de dominio en la finca.' (Número 1538, tomo III).» (Casación, xxxix, número 1881, octubre 19 de 1931)

296, 1ª

- 153—Se celebró un contrato de arrendamiento de una finca raíz en que el arrendatario se obligó a pagar una multa si vendía la finca o casa arrendada. Vendió el arrendador la finca durante el término del arrendamiento, y fue demandado por el arrendatario para el pago de la multa. Como perdiese el pleito en ambas instancias, recurrió en casación alegando la violación del artículo 1760 del Código Civil, pues el Tribunal había dado por probada la venta de la casa por la confesión dada por el arrendador en posiciones, sin tener en cuenta que se trataba de un contrato solemne que debió probarse por el instrumento público correspondiente.

Dijo la Corte:

«Si bien es cierto que en el caso que se estudia no se discute el dominio de la finca materia del contrato de arrendamiento, también lo es que la acción de la compañía demandante no puede prosperar sino comprobando que el demandado Hoyos vendió o enajenó la cosa arrendada, y la venta o enajenación de inmuebles no existen ante la ley, si no se ha otorgado y registrado la competente escritura pública, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1857, inciso 2º, del Código Civil, en relación con el 2673 de la misma obra. La falta de ese instrumento no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad (artículo 1760 *ibídem*), a no ser en el caso excepcional contemplado en el artículo 2675 del Código Civil. Al establecer el Tribunal que no era indispensable traer a los autos la escritura pública registrada para acreditar la venta que se dice el demandado hizo

Págs.

del inmueble arrendado, interpretó erróneamente la disposición del artículo 1760 citado, y la sentencia es casable por este motivo ... Como el demandado confesó haber vendido la casa arrendada, y como el Registrador certifica haber registrado la escritura respectiva, la Corte resuelve dictar auto para mejor proveer, a fin de pronunciar una sentencia de acuerdo con la justicia y con la ley; estima indispensable agregar a los autos la copia de la escritura de venta.» (Casación, xxxix, número 1884, abril 28 de 1932)

609, 2ª

INTERÉS DEL POSEEDOR DEMANDADO EN Oponer LA EXCEPCIÓN DE NULIDAD POR SIMULACIÓN DE CONTRATO. 154—Aurelio Tavera demandó en juicio ordinario de reivindicación a Sofía Barrera para que fuese condenada a restituírle una finca. La demandada opuso la excepción de carencia de acción, que fundó en que el actor no había adquirido dominio sobre la finca reivindicada, en virtud de que la simulación del contrato que constaba de la escritura con que se presentó como dueño, no le daba valor ni existencia legal a aquél. El Tribunal halló demostrada la simulación por numerosos indicios, y contra esa sentencia recurrió en casación el actor acusándola de error por indebida aplicación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, y por haber reconocido interés a la demandada en la declaración de nulidad.

«Para contestar estos cargos, basta recordar que Sofía Barrera es demandada, y que el demandado puede proponer todas las excepciones perentorias que lo favorezcan, inclusive la de simulación; y que Sofía Barrera es poseedora, y que no cabe discutir el interés que tiene el poseedor demandado en demostrar que el demandante no es dueño de lo que reivindica, porque el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo.» (Casación, xxxix, número 1880, mayo 30 de 1931)

120, 2ª

- EN LA DEMANDA DE NULIDAD POR SIMULACIÓN. 155 — (Véase *Simulación*)

INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA. 156—En un juicio sobre nulidad relativa de un contrato interpretó el Tribunal que se había entablado también la acción reivindicatoria o de dominio como consecuencia de la de nulidad. Se alegaba en casación que el Tribunal había incurrido en error de hecho en la apreciación de la demanda.

«..... Ante todo conviene hacer notar que la interpretación de la demanda es cuestión de hecho, de la privativa competencia del Tribunal.' Así lo tiene resuelto la Corte en varias decisiones. (Casación, de 15 de septiembre de 1909, *Gaceta Judicial*, XIX, 181, 1ª).» (Casación, xxxix, número 1883, febrero 18 de 1932)

484, 1ª

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO. 157—Es preciso interpretar los contratos de

Págs.

manera que produzcan efectos, y hay que suponer buena fe en los contratantes, mientras no aparezca lo contrario. (Casación, xxxix, número 1884, abril 2 de 1932).....

571, 1ª

INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA. 158—Se pidió en juicio ordinario contra una comunidad religiosa, que se declarase absolutamente nulo un contrato de compraventa celebrado entre el representante de esa comunidad y una señora, de la cual era heredera el actor, y en subsidio, la declaración de resolución del contrato por falta de pago del precio. Decretaba la resolución en ambas instancias se acusó la sentencia del Tribunal, que era el de Tunja, por haber errado en la apreciación de la demanda, en cuanto estimó que las acciones propuestas eran simplemente petitorias y no había interés en decir a quién aprovechaban ellas: si a la sucesión de la contratante con el superior de la comunidad, o al actor mismo, por lo cual pudo éste pedir sin decir que demandaba para la sucesión.

«La sentencia del Tribunal, sin entrar al fondo de la cuestión, se limita a hacer alusión a lo fallado por el Juez, sin expresar que acoge su tesis; pero estima que el actor, heredero reconocido de la señorita Medina, tiene las acciones que ha intentado, sin que se encuentre un verdadero interés en definir esta cuestión (si el demandante pidió para sí o para la herencia), porque si se fija la intención en la forma y naturaleza de la demanda, se advertirá que allí no se dijo a quién debían aprovechar las consecuencias de las declaraciones solicitadas. Las acciones fueron meramente petitorias. No se encuentra en el cuerpo de la demanda ningún elemento preciso que demuestre que el estado de cosas que se siguiera a la rescisión o resolución demandada redundara en provecho exclusivo del demandante. Este es el fundamento del fallo relativo a la excepción mencionada. El recurrente, en vez de tomar este concepto como tesis de su recurso, se da a la labor inútil de acusar los fundamentos de la sentencia del Juez, que, como se deja dicho, el Tribunal no acogió como suyos, sino que la confirmó por la razón fundamental que se deja copiada. Además, la Corte ha establecido la doctrina constante y uniforme de que los Tribunales son soberanos en la apreciación de la demanda, salvo el caso de que hayan incurrido en error evidente.» (1). (Casación, xxxix, número 1884, marzo 30 de 1932).....

563, 2ª

J

JURADO. 159—No es al Jurado a quien corresponde clasificar si un delito es o nó de los más graves; él sólo decide, en conciencia, sobre el cuestionario

(1) Concordancias: números 2023, tomo 1º de la «Jurisprudencia de la Corte», 2100 y 2104, tomo 3.º

Págs.

que se le propone, y es al Juez de derecho a quien toca acomodar ese veredicto a la ley penal sustantiva. (Casación, xxxix, número 1883, marzo 4 de 1932).....

518, 1ª

— 160—Un recurrente en casación presentó como motivo de nulidad del proceso criminal por homicidio, el hecho de no haberse llevado al Juzgado a su defendido para que presenciara el acto del sorteo de Jurados.

«De autos aparece que habiéndose ordenado en auto de fecha junio veinticinco del año próximo pasado, reemplazar al Jurado sorteado doctor Eduardo Rueda Rueda, y habiéndose notificado a las partes ese auto, inclusive al menor procesado que se encontraba y se encuentra preso, sin embargo, la diligencia de sorteo se llevó a cabo sin la asistencia de éste, ni de su defensor. Esta Sala, no solamente en el fallo que cita el recurrente, sino en otros varios, ha sostenido la tesis de que, encontrándose el procesado detenido o preso, la notificación que se le haga de un auto, sea para el sorteo general de Jurados, sea para uno de carácter parcial de reemplazo, sin que se le lleve al Juzgado a tomar parte en la diligencia respectiva, equivale a no habersele notificado, incurriéndose así en la nulidad de procedimiento que establece el numeral 1º del artículo 263 de la Ley 57 de 1887. Los fundamentos de esta doctrina están claramente expuestos en el fallo de fecha diez y ocho de mayo de mil novecientos veintisiete, pronunciado en la casación de Abraham Valencia y Eleuterio Vergara, publicado en la *Gaceta Judicial* números 1761 y 1762 del 3 de febrero de 1928, página 117, del cual se transcribe lo pertinente: 'Según aparece del proceso, los enjuiciados fueron notificados del auto en que se señaló fecha para la diligencia, y como estaban presos, es natural concluir que el Juez, como lo sostienen los recurrentes, se abstuvo de ordenar la llevada al Juzgado de ellos con el fin de que concurrieran al sorteo. Tampoco aparece en el expediente ninguna explicación que pudiera justificar por parte del Juzgado esa omisión. Es cierto que el mencionado sorteo de Jurados se llevó a cabo con intervención de los defensores, quienes hicieron uso del derecho de recusación. Pero se pregunta: ¿la sola notificación que se hizo a los enjuiciados, sin permitirles su comparecencia, para que hubieran podido recusar personalmente, basta para descartar la existencia de la nulidad consignada en el numeral 1º del artículo 263, que se transcribió anteriormente? La contestación negativa se impone: el objeto de la notificación del auto en que se señala fecha para sorteo de

Págs.

Págs.

Jurados, es el de que las partes puedan concurrir a él y recusar libremente, o hacer dentro de la respectiva diligencia las observaciones que consideren necesarias. De tal suerte que el solo hecho material de la notificación no es suficiente, si, por otra parte, se impide a los notificados el derecho de presenciar, concurrir o tomar parte en las diligencias para cuya verificación fueron notificados. Notificar a un preso, como se hizo en el presente caso, el auto de fijación para sorteo de Jurados, y no llevarlo de la cárcel al Juzgado a tomar parte en ese sorteo, equivale a privarlo del derecho que todo procesado tiene de concurrir a él; es tanto como si el enjuiciado, que está excarcelado o en libertad, después de ser notificado de ese auto, se le cerraran las puertas del Juzgado, impidiéndosele la entrada a presenciar la diligencia para la cual se le había citado. El artículo 276 de la Ley 57 de 1887, en su última parte, dice: 'Si alguno de los procesados no compareciere al sorteo, podrá representarlo, para el efecto de recusar, su respectivo defensor.' Esa representación sólo tiene lugar cuando los procesados dejan de comparecer voluntariamente, mas no cuando, debiendo estar presentes, y en ese caso se encuentran los presos enjuiciados, sin embargo, no se les lleva al Juzgado, lo que equivale, como ya se dijo, a impedirles su concurrencia. De preferencia quiere la ley que sean los mismos acusados quienes personalmente tomen parte en la elección de sus juzgadores de hecho, recusando libremente y por motivos que ellos están en la mejor capacidad de apreciar en determinados casos. De lo expuesto se concluye que, aun cuando los defensores concurren a la mencionada diligencia, y en ella recusaron, esto último lo llevaron a cabo sin la debida representación; y también se concluye que aun cuando a los procesados se les notificó el referido auto, prácticamente se hicieron nugatorios los efectos de esa notificación, que consiste no solamente en llevarla a cabo de un modo material, sino en facilitar los medios de aprovecharse de ella. Lo cual quiere decir que se ha incurrido en la mencionada causal de nulidad que contempla el numeral 1º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, nulidad alegada por los recurrentes, y que se encuentra perfectamente justificada. La diligencia de sorteo de Jurados, sea general o parcial, debe llevarse a cabo con la mayor nitidez y claridad, por la importancia que ella tiene, como que se trata de formar el Jurado que ha de decidir sobre la suerte del acusado. En el presente caso, concurre la circunstancia agravante,

fuera de no haberse llevado al preso a la diligencia, de que su curador defensor tampoco concurrió a ella. Lo expuesto es suficiente para concluir, como se concluye, que el juicio adolece de la nulidad apuntada.» (1) (Casación, xxxix, número 1883, febrero 26 de 1932).....

509, 2ª y
510, 1ª

JURAMENTO. 161—En el juicio ordinario seguido por Andrés García contra Andrés Avelino García sobre pago de una suma de pesos como valor en que estimó una accesión, alegó el demandado en casación contra la sentencia que le condenó, del Tribunal de Pereira, que se había incurrido en error de hecho consistente en la apreciación de una escritura pública, consistente en que fue apreciada como prueba habiéndose acompañado a los autos sin prestar el juramento que prescribía el artículo 946 del antiguo Código Judicial.

«Se advierte: quien acompañó como prueba la escritura mencionada fue el mismo demandado, escritura que se mandó tener como prueba por auto que está ejecutoriado, sin que a ese auto le haya hecho reparo alguno el señor García (hijo), por no haberse prestado el juramento prescrito por el artículo 946 del Código Judicial. Ahora no es indispensable ese juramento para estimar como prueba los documentos traídos al juicio sin ese requisito. Así lo tiene resuelto esta Corte en varias decisiones....» (Casación, xxxix, número 1879, mayo 22 de 1931).....

40, 2ª

Cita la Corte en apoyo de su doctrina las sentencias de casación de 12 de diciembre de 1922, tomo xxii, 219, 2ª, octubre 9 de 1909, tomo xxv, 255, 1ª, y 22 de febrero de 1916, tomo xxv, 239, 2ª) (2).

L

LEGITIMACIÓN. 162—Se pidió en un juicio ordinario que se declarase a los actores hijos legítimos de N. N., en virtud de legitimación hecha por subsecuente matrimonio de sus padres. Contra la sentencia del Tribunal en que se desconoció la procedencia de la acción intentada recurrieron los actores en demanda de casación, acusando la sentencia de violación de los artículos 1.º de la Ley 95 de 1890 y 238 del Código Civil.

«Como motivo de este cargo señala el recurrente los siguientes conceptos del Tribunal: 'Habiendo nacido los dos demandantes con anterioridad al matrimonio de Eladio Rodríguez y María del Carmen Miranda, y no apareciendo que hayan sido reconocidos antes como hijos naturales de ambos, con los requisitos legales, no puede sostenerse que por dicho matrimonio se haya verificado la legitimación *ipso*

(1) Sentencia de fecha 15 de septiembre de 1927, «Gaceta Judicial.»

(2) Concordancias: números 796, 798, 1345, 1418, 2067, tomo 2º, «Jurisprudencia de la Corte,» 1369, 1370, 1375, 2186, 2187, 2188, tomo 3º.

Págs.

jure, invocada a su favor por José Francisco y Paula Rodríguez.' Afirma el recurrente que en este párrafo de la sentencia violó el Tribunal las disposiciones aquí citadas, y funda esta acusación en que según él, 'conceptúa el Tribunal, y así lo dice claramente, que el reconocimiento de los hijos naturales debe hacerse por ambos padres, y se desprende del concepto transcrito, que ese reconocimiento debe ser hecho en un solo acto, cuando dice 'hijos naturales de ambos.' Para rechazar este cargo basta observar que no es exacto que el Tribunal haya fundado su concepto en el hecho de que Francisco y Paula Rodríguez no fueron reconocidos como hijos naturales 'por ambas partes,' esto es, por un acto del padre y la madre, antes del matrimonio, como lo dice el recurrente, sino que no aparece que los demandantes hubieran adquirido, antes del matrimonio de Eladio Rodríguez con Carmen Miranda, la calidad civil de hijos naturales de ambos, o, lo que es lo mismo, con relación a cada uno de ellos, toda vez que si bien es cierto que las partidas de bautismo que obran en el expediente, en las cuales figuran como hijos de la Miranda, acreditan dicha calidad con respecto a ésta, no existiendo ningún documento que demuestre lo mismo con respecto al contrayente Rodríguez, ya que el reconocimiento por parte de éste tenía que haber sido hecho expresamente por escritura pública o por acto testamentario, o autorizando él con su firma el acta de nacimiento en que él figurara como padre del recién nacido, de acuerdo con lo que establecen los artículos 351, 353 y 368 del Código Civil. Es ésta la única interpretación que rectamente puede dársele al párrafo de la sentencia a que este cargo se refiere, en relación con todas las otras consideraciones que motivan el fallo recurrido, fundadas en los elementos probatorios que obran en el proceso.» (Casación, xxxix, número 1882, diciembre 4 de 1931) 372, 2ª

LEY ACUSADA. 163—Como violatoria del artículo 1.º del Acto legislativo número 1.º de 1914 fue acusado el inciso 2.º del artículo 1.º de la Ley 60 de 1914, que dice: «Las faltas temporales y las absolutas del primer Designado serán llenadas en el Consejo por el segundo Designado, al cual corresponde en este caso la Presidencia de la corporación.» Se fundó el acusador en que el constituyente no le había atribuido funciones al segundo Designado y en que la facultad de presidir el Consejo de Estado había surgido del artículo acusado y no del texto mismo del Acto legislativo constitucional.

«Es evidente que, según la disposición constitucional transcrita del Acto reformativo de la Constitución

Págs.

de 1914 (1), el Consejo de Estado se compone de siete individuos, a saber: el primer Designado para ejercer el Poder Ejecutivo, que lo preside, y seis Vocales nombrados como lo determine la ley. Empero de que esto sea cierto, no se sigue que según dicho artículo constitucional, únicamente el primer Designado es miembro del Consejo de Estado y tiene carácter de Presidente de la corporación; conclusión ésta que deduce el acusador del concepto que tiene de que al segundo Designado no le atribuye el constituyente funciones algunas respecto del Consejo de Estado. En primer lugar, del citado artículo 1.º del Acto reformativo de la Constitución, de 1914, según sus voces, no puede concluirse que quede excluido el segundo Designado para ejercer la Presidencia del Consejo de Estado, cuando falta el primer Designado, porque según el artículo 126 de la Constitución, si el Encargado del Poder Ejecutivo tiene la misma preeminencia y ejerce las mismas atribuciones que el Presidente, cuyas veces desempeña, consecuentemente el Designado, en su condición de tal, bien se trate del primero o del segundo, ejerce las mismas atribuciones; y si es atribución del primer Designado ejercer la Presidencia del Consejo de Estado, según el Estatuto dicho, esa misma atribución, desde el punto de vista constitucional, debe corresponder al segundo Designado, a falta del primero. Por tanto, el artículo 1º de la Ley 60 de 1914 no ha hecho aplicación del artículo 5º del Acto legislativo del mismo año, como lo considera el demandante, sino que ha interpretado las disposiciones constitucionales que crearon dos Designados, con el fin obvio y natural de que el segundo llenara las faltas del primero, en sus funciones constitucionales y legales.» (Sentencia, Corte Plena, xxxix, número 1880) 111, 2ª y 112, 1ª

LEY DEROGADA Y ACUSADA. 164—No hay lugar a declarar la inexequibilidad de un acto que ha sido derogado—Fueron acusados como inconstitucionales los artículos 1.º a 6.º del Acto legislativo número 2 del 19 de enero de 1906, 4.º del Decreto legislativo número 37 del 10 de julio de ese año y 2.º del Decreto legislativo número 48 del 14 de septiembre del mismo año, por estimar el actor que tales decretos eran violatorios del artículo 121 de la Constitución.

«Como el artículo 121 citado fue subrogado por el 33 del Acto legislativo, número 3 de 1910, y la parte del primero de estos textos en que se basa la acusación, o sea la referente a que

(1) Dice así el artículo 1.º del Acto legislativo número 1º de 1914: «Habrán un Consejo de Estado compuesto de siete individuos, a saber: el primer Designado para ejercer el Poder Ejecutivo, que lo preside, y seis Vocales nombrados como lo determine la ley. Los Ministros del Despacho tienen voz y no voto en el Consejo.»

Págs.

Págs.

las facultades del Presidente de la República en los casos de declaración del estado de sitio tienen por objeto la defensa de los derechos de la nación o la represión del alzamiento, no fue reproducida en la disposición reformativa, la referida parte ha quedado insubsistente. La misión defensora de la Constitución, confiada a la Corte por la enmienda constitucional del año diez, se refiere naturalmente a aquellos cánones de la Carta vigentes a la fecha en que la guarda de éstos haya de ejercerse. Las disposiciones derogadas ora expresa, ora tácitamente, no formando ya parte del Estatuto, no tienen observancia y por lo mismo la función defensora de la Corte no puede comprenderlas.»

(1) (Sentencia, Corte Plena, xxxix, número 1879, mayo 29 de 1933).....

2, 2ª y
3, 1ª

LESIÓN ENORME. 165—Benito Ordóñez Serrano vendió a José Celestino Ordóñez G. y a Benito Martínez G. las dos terceras partes de los derechos hereditarios que le pudieran corresponder en la sucesión de su madre y hermanos, todo por la suma de cinco mil pesos moneda legal. Demandó a los compradores por lesión enorme. Tanto el Juez de Bucaramanga como el Tribunal de ese Distrito absolvieron a los demandados. Fijada la cuantía del juicio en más de sesenta mil pesos moneda legal, el Tribunal declaró que no había sido avaluada sino la nuda propiedad de lo vendido por Serrano, como que éste se había reservado el usufructo y que tal usufructo no había sido avaluado, y agregó que al demandante le correspondía probar que la cosa vendida, que fue la nuda propiedad, valía más del doble del valor que se le fijó en el contrato, para que existiese la lesión enorme demandada. En demanda de casación contra esa sentencia alegó el recurrente que ese valor había quedado fijado desde que se hizo la fijación de la cuantía del juicio por medio de peritos, porque allí se avaluó separadamente el usufructo y la nuda propiedad; y al no tener en cuenta el Tribunal esa prueba, había incurrido en error de hecho y en error de derecho por no haberle dado valor.

Dijo la Corte:

«Admitiendo que por haber dicho los peritos tasadores de la cuantía del juicio que por el conocimiento que tenían de los bienes en que radican los derechos y acciones a que se refiere el juicio, estimaban la cuantía en más de cincuenta mil pesos, ha de entenderse claramente que avaluaron la nuda propiedad materia de la demanda, en más de cincuenta mil pesos, tal avalúo no sería suficiente para declarar que desde entonces quedó determinado el valor de la nuda propiedad para los efectos de la lesión enorme demandada, porque ni en la forma, ni en el fondo serían equivalentes esos dos avalúos. No en la forma, porque en la estimación de la

cuantía del juicio, si bien intervienen peritos nombrados por el Juez, que pueden obrar con más independencia, no se llenaría la garantía que da la ley de que la lesión se decreta previo un debate judicial, con audiencia de ambas partes, en que éstas hayan hecho uso del derecho de intervenir en el nombramiento de peritos que estimen la cosa, según las reglas generales, es decir, nombrando cada una su perito. De modo que al imponerles, para efectos de la lesión, el avalúo relativo a la cuantía del juicio, se les privaría de un medio de defensa en la formación de la prueba, lo que no es admisible, conforme a principios constitucionales y legales. En el fondo tampoco se podría aceptar la igualdad entre esas dos estimaciones, porque la fijación de la cuantía del juicio tiene finalidad distinta de la que se persigue con la determinación del precio de la cosa en acción de nulidad por lesión enorme, y el precio que se dé de dicha cuantía al promover el juicio, no es el que se requiere para decretar la lesión enorme, sino el que tenga la cosa al tiempo del contrato, necesariamente anterior. Luego no puede reconocerse que por haber dicho los peritos en este caso que la cuantía del juicio vale más de cincuenta mil pesos, quedó avaluada también en esta suma la nuda propiedad para los efectos de la lesión enorme demandada, y que el Tribunal hubiera incurrido en error evidente de hecho al no tener en cuenta esa prueba y negar la lesión. Cuando la Corte ha dicho que la cuantía de los pleitos queda determinada para todos los efectos legales, de manera definitiva, si se fija por peritos, a causa de haber reclamado el demandado, antes de contestar la demanda, contra la fijación del demandante, ello atañe únicamente a los efectos procesales, por ejemplo, lo relativo a la jurisdicción del Juez para conocer del asunto, fianza de costas, recurso de casación y otros, mas no para casos como el de que se trata en este juicio.»

(Casación, xxxix, número 1880, junio de 1931).

142, 1ª

LINDEROS. 166—Un demandante en reivindicación ganó el pleito en primera instancia y lo perdió en segunda por haber revocado el Tribunal la sentencia de primer grado, contra la cual acudió en demanda de casación acusando la sentencia de ser violatoria de ley sustantiva, para lo cual expuso varios motivos. Al primero, que consistió en la violación del artículo 946 del Código Civil, por cuanto el Tribunal sostuvo que para ejercitar la acción reivindicatoria se requería ser dueño de una cosa *determinada*, en vez de decir *singular*, como es la expresión del texto, dijo la Corte:

«Es evidente que el artículo emplea la palabra *singular* y no *determinada*,

(1) Concordancias: números 1414, 1233, tomo 2º, «Jurisprudencia de la Corte,» 2049, 2051, tomo 3º.

Págs.

y puede suceder que entre ellas no haya sinonimia, pero es lo cierto que el pensamiento del sentenciador es bien claro: como al terreno vendido no se le dieron linderos por tres extremos, el sentenciador dijo que él no estaba determinado, es decir, que no era un cuerpo cierto, una cosa singular, condición indispensable para reivindicar.»

Y el segundo motivo consistió en la tacha de la sentencia por error evidente de hecho en la apreciación de la prueba que suministraba la escritura aducida para fundar el derecho a la reivindicación, la cual no trae linderos completos. Dijo la Corte:

«Se responde: en esa escritura sólo se le da al terreno vendido un solo lindero, advirtiéndose que por los otros lados no se fijan límites, por estar esas tierras sin partir. En vista de está terminante declaración de los contratantes, no puede decirse que el terreno vendido esté determinado por linderos, y si no lo está no es una cosa singular.» (1). (Casación, xxxix, número 1880, junio 1.º de 1931)..... 121, 2ª y 122, 1ª

LOTERÍAS. 167.—El Tribunal de Ibagué libró mandamiento ejecutivo de pago contra el Departamento del Tolima, y a favor de Ernesto Merizalde Durán, por suma de pesos procedente del valor de un billete de la lotería de beneficencia del Tolima, que no había sido pagado. Al confirmar la Corte el auto ejecutivo, sienta la siguiente doctrina:

«Siendo el Departamento no sólo dueño de la renta de lotería sino empresario de ella, es incuestionable su responsabilidad por el valor de los billetes premiados que deje de cubrir el contratista delegado para su administración, que en definitiva y en sustancia viene a ser un agente suyo para la venta de los billetes y pago de los premios. El señor Procurador de la Nación sostiene aquí que Merizalde Durán, portador del billete premiado, no tiene acción civil para obligar al Departamento, y se funda en que las loterías tal como están organizadas entre nosotros, son un verdadero juego de suerte y aazar, y que los juegos de esta especie no generan acción ninguna, al tenor de lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 157 de 1857, que dice: 'El juego y la apuesta no producen acción ni excepción, etc.' Si esto es así—agrega el Procurador—si las loterías son un juego no exceptuado por el artículo 2286 de aquel Código, es decir, si no son juegos de fuerza y de destreza corporal, hay que convenir en que los favorecidos en los sorteos, como portadores

(1) Concordancias: números 3443, 3447, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte,» 3385, 3408, 3421, 3426, 3432, 3436, tomo 3.º Esta es jurisprudencia constante de la Corte. La de los Tribunales está acorde con ella: números 4677, 4687, tomo 2.º «Jurisprudencia.»

Págs.

de los billetes premiados, carecen de acción civil para obtener el pago de esos premios. Todavía más: que si esos premios se pagan, la entidad respectiva tiene derecho a repetir lo pagado como indebido. O no existe la lógica. Se objetará que la Ley 64 de 1923 faculta a los Departamentos para establecer loterías oficiales con destino al servicio de la instrucción o de las obras de asistencia pública. Sin embargo, este Ministerio opina que la mencionada ley no deroga las disposiciones del Código Civil que se acaban de citar. No hay derogación expresa porque no existe en esa ley un solo texto que así lo disponga. Ni tampoco existe derogación tácita, porque no existe incompatibilidad entre ella y las disposiciones del Código Civil. Ciertamente la Ley 64 de 1923 no contiene disposición ninguna que derogue expresamente el principio civil sustantivo referente al juego y la apuesta que invoca el señor Procurador, pero sí hay en ella preceptos que restringen su significado, o en otros términos, que lo modifican, tales como los del artículo 2.º de allí que señala el 64 por 100 del valor de los billetes que componen cada sorteo como el mínimo que podrá destinarse al pago de los premios. Destinar, por mandato de la ley, una cuota para el pago de los premios, es imponerle al empresario de la lotería la obligación de pagarlos, o lo que es lo mismo, darle al favorecido el derecho de reclamarlos judicialmente en caso de renuncia al pago. Está, pues, consagrada la acción en la disposición a que se alude; y por tanto ambos preceptos pueden coexistir: el uno como regla general y el otro como excepción a la regla. Excepción, y muy notoria, es la que se ha hecho en favor del juego de la lotería con premios en dinero que establezcan los Departamentos, con destino a la asistencia pública. Nada más, nada menos.» (Auto, Sala de Negocios Generales, xxxix, número 1882, junio 17 de 1931).....

402, 1ª y 2ª

M

MANDATO. 168.—Clementina González de Tenorio fue demandada en juicio de divorcio por su esposo Primitivo Tenorio, quien ganó el pleito. Muerto Tenorio dejando un capital como de \$300,000, le compró Hernando Caicedo a la viuda, por \$50,000, todos sus derechos dependientes de la sociedad y de la sucesión por causa de la muerte de su esposo; pero como para lograr la ganancia que proyectaba necesitaba que se anulase la sentencia de divorcio, hizo que la señora González les confiriese poder para ello a los abogados Camilo Muñoz O. y Francisco José Chaux, quienes obtuvieron de la Curia la declaración de nulidad. En cartas privadas les decía Caicedo a los abogados que él

Págs.

Págs.

respondería por los honorarios. Como no les pagase lo convenido le demandaron. El Tribunal condenó a Caicedo al tenor de lo pedido, y éste demandó la casación de la sentencia acusándola de error de hecho en la apreciación de las pruebas y de violación de los artículos 2147 y 2148 del Código Civil, porque, según el recurrente, nunca tuvo el ánimo de adquirir como deudor principal la obligación de pagar a los actores lo que ellos pidieron por honorarios en el desempeño del poder de la señora González, quien era la que debía responder por los honorarios.

«Desde otro punto de vista, más importante y decisivo, considera el Tribunal que Caicedo no fue simplemente intermediario que facilitase para la González la procuración de Muñoz & Chaux, sino que él mismo se constituyó mandante, porque, dice la sentencia, 'el doctor Caicedo tenía un interés muy grande en el negocio constitutivo del encargo hecho por la viuda de Tenorio, lo cual está probado con plenitud con lo dicho por aquél al doctor Chaux en las cartas y telegramas que obran en el proceso.'... ¿Y cuál, dice la Corte, era ese vivísimo interés que ponía a Caicedo en la condición de mandante prevista en el artículo 2146 del Código Civil? Contempla esta disposición entre varios casos el siguiente: 'Si el negocio interesa juntamente al que hace el encargo (Caicedo) y al que lo acepta (Muñoz y Chaux) y un tercero (la González), habrá verdadero mandato.' En este caso el encargo no es la simple recomendación de que habla el artículo 2147 sino que constituye entre el que hace el encargo y quien lo acepta y desempeña, el contrato de mandato.... Al declarar el Tribunal que no hubo contrato de mandato entre el doctor Caicedo y los doctores Chaux y Muñoz O., violó el artículo 2146 del Código Civil, violación insuficiente para casar la sentencia, ya que la Corte adopta las mismas conclusiones a que llegó el inferior, por las razones expuestas atrás. (Artículo 12 de la Ley 90 de 1920, inciso último).» (Casación, xxxix, número 1882 noviembre 2 de 1931).....

322, 1ª
y 323,
1ª

MÉRITO EJECUTIVO DE LOS BILLETES DE LOTERÍA.

169—Al confirmar la Corte (Sala de Negocios Generales) el auto ejecutivo proferido por el Tribunal de Ibagué en el juicio ejecutivo promovido contra el Departamento del Tolima por Ernesto Merizalde Durán para el pago de la suma de dinero indicada por un billete de lotería que salió favorecido con la suerte, alegó el Procurador General de la Nación que el billete de lotería cuyo pago se demandaba no contenía una obligación expresa, clara y exigible, como lo requería el artículo 47 de la Ley 105 de 1890, para lo cual se fundaba en que no había prueba de que una persona hubiese contraído la obligación de pagarle a otra determinada cantidad líquida de dinero. Ni podía

constar esa obligación, agregó, «desde luego que la determinación de una persona y de una cantidad y la percepción de ésta, dependía del azar, de la suerte que viniese en ese acto del sorteo a favorecer un número con uno de los varios premios especificados en el respectivo plan.

«La Sala observa: el billete de la lotería del Tolima—billete que dicho sea de paso,—expresa la cifra del premio mayor, \$ 4,000, es un billete al portador. Así aparece al respaldo de él, en donde se inserta el artículo 10 de la Ordenanza 17 de 1925, que estableció la lotería y que dice: (Aquí el artículo). De suerte que tratándose de un documento al portador, no es posible encontrar en él la determinación nominativa del acreedor, el cual no puede descubrirse o resultar sino del acta de sorteo en el caso de que el número del billete sea favorecido con alguno de los premios destinados al juego. El acta del sorteo verificada por el Alcalde de Ibagué obra en copia auténtica en los autos, y ella comporta el reconocimiento prestado por el empresario de la lotería, o sea el Departamento, de que el billete cuyo pago se demanda fue el favorecido con el premio mayor. Por consiguiente, carece de fuerza la objeción del reclamante de que por no expresar el billete el nombre del acreedor, no presta mérito ejecutivo, porque esa determinación vino a darla la susodicha acta de sorteo, que es un reconocimiento, hecho en forma pública y solemne por el obligado al pago del premio, de que se cumplió la condición de que dependía ese pago. Además del billete y del acta de sorteo, concurren a deducir la obligación clara y expresa que trata de ejecutarse la Ordenanza del Departamento que estableció la lotería, las actas de la Junta Directiva de la empresa, que organizan el funcionamiento de la lotería y el plan de sus sorteos, los protestos por falta de pago del billete y el texto de la Ley 64 de 1926, que decretó el monopolio de las loterías en favor de los Departamentos que quieran establecerlo. Surge de todo lo dicho que el billete de la Lotería de Beneficencia del Tolima, cuya falta de pago ha dado margen a la presente ejecución, está comprendido, como se expuso en el auto anterior de esta Sala, entre los vales o pagarés simples a que alude el artículo 46, ordinal 5º, de la Ley 40 de 1907, ya que contiene la promesa de pagar a su presentación la suma de \$ 4,000, mediante la comprobación de haber sido favorecido en el respectivo sorteo, y ya que el mismo Departamento, en su calidad de empresario de la Lotería y obligado al pago, verificó

Págs.

aquella diligencia por medio de su agente (el Administrador Delegado), y con asistencia e intervención de otro agente suyo (el Alcalde Municipal de Ibagué), y declaró que el premio mayor había caído en el billete de que se trata. Delante de estos documentos, auténticos sin duda todos ellos, y apreciados en conjunto, no aislados y separadamente, es preciso reconocer a la obligación su carácter de expresa, clara y exigible, de pagar al portador del billete la cantidad favorecida de \$ 4,000 que es el premio mayor, según la indicación que aparece al respaldo de él.» (1), (Auto, Sala de Negocios Generales, xxxix, número 1882, octubre 22 de 1931)

404, 1ª
y 2ª

MINAS. 170—El denunciante de una mina abandonada se presentó en juicio ordinario solicitando se le declarase dueño de ella. Como perdiese el pleito en ambas instancias, recurrió en demanda de casación de la sentencia del Tribunal alegando que en cuanto éste negaba que para la eficacia del título fuese precisa la revalidación del mismo, tanto incurría en error de derecho como directamente violaba, por no aplicación al punto de que se trataba, los artículos 1.º y 13 de la Ley 38 de 1887, 7.º de la Ley 14 de 1888 y 128 y siguientes del Capítulo x del Código de Minas.

«Esta cuestión, que de nuevo plantea el recurrente, ha sido ya fallada en varias decisiones de la Corte, de las cuales la más reciente, reproduciendo lo que dice una anterior, expone esto: 'Por estas y otras razones, dijo la Corte en sentencia de cuatro de julio, ya citada no—puede llegarse a la conclusión de que la falta de tales diligencias — las de revalidación — acarrearán la pérdida o extinción del derecho para quien ya tuviera el título legalmente expedido, ni menos que esa falta implicara abandono.' (Véase sentencia de 13 de diciembre de 1930, y sentencia de 4 de julio de 1928, *Gaceta Judicial*, tomo 35, página 385).» (Casación, xxxix, número 1882, noviembre 11 de 1931).....

336, 2ª
y 337,
1ª

— 171—En el mismo caso de la oposición a la adjudicación de una mina propuesta por José de J. Céspedes y Emilio Correa, que se falló a favor de los opositores en el Tribunal de Medellín, se atacó la sentencia por el actor recurrente en casación contra ella, como violatoria del artículo 3.º de la Ley 38 de 1887.

«El artículo 3º de la Ley 38 de 1887 prohíbe el denuncia de minas de aluvión situadas en los consabidos terrenos de cría y cultivo. Por situación de la mina debe entenderse no tan sólo 'el punto preciso en donde aparezca descubierta la mina, el cual

Págs.

debe expresarse en el escrito de denuncia,' sino también la extensión que, conforme a la ley, debe tener, según su clase. Las de aluvión gozan de una superficie de un cuadrado que tenga tres kilómetros de base, o un rectángulo de dos kilómetros de base y cinco de lado. Si esta extensión tan sólo comprende una parte del terreno inviolable, es entendido que la sentencia es correlativa a esa parte, porque no otra cosa se pidió en la demanda. No puede suponerse que la situación de una mina abarque una extensión mayor de la legal, y que su denuncia, dentro de estos límites, pueda comprender partes de terreno en las cuales ella no radique.» (Casación, xxxix, número 1880, junio 23 de 1931).

137, 1ª

— 172—En un juicio sobre oposición a la adjudicación de una mina en que los opositores gananciosos del pleito fueron José de J. Céspedes y Emilio Correa, contra Julián A. Henao, interpuso éste casación contra la sentencia del Tribunal acusándola de haber violado el artículo 397 del Código de Minas, puesto que dedujo el Tribunal la existencia de una de las partes, a fin de hacer declaraciones a su favor, no existiendo jurídicamente esa parte, ora porque no demandó personalmente o legítimamente representada, ora porque no habiendo aprobado lo hecho en su nombre, no era posible tener como parte a Correa al dictar el fallo.

«Se responde: La disposición del artículo 397 es cierto que ordena la constitución de una fianza adicional a la prescrita en el artículo 62 de la Ley 292 de 1875, la que no tiene más fin que garantizar a favor del denunciante la indemnización de perjuicios de que deba responder el agente oficioso, si su representado no aprueba la oposición; mas aquella primera disposición no impone un requisito indispensable a la personería del representado, sino una mera caución condicional, sujeta al evento de que la oposición no sea aprobada por él, evento que no ha acontecido en el presente caso. Además, ocurre la circunstancia de que la oposición hecha a nombre de Correa se llevó adelante por virtud de decisión imperativa de la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de cinco de agosto de mil novecientos vintiséis, que pasó a tener autoridad de cosa juzgada. El cargo no procede.» (Casación, xxxix, número 1880, junio 23 de 1931).....

136, 1ª

— 173 — Germán Molina Callejas denunció como abandonada una mina; se opusieron los dueños, y entonces Molina presentó demanda para que se le declarase dueño de ella. Fueron absueltos los demandados en ambas instancias, por lo cual recurrió Molina en demanda de casación de la sentencia del Tribunal, alegando, en síntesis, que si, de conformidad con el artículo 363 del Código de Minas, el dueño de una mina liberta-

(1) El artículo 47 de la Ley 40 de 1907 es hoy el 982 del nuevo Código Judicial.

Págs.

da, que paga puntualmente el impuesto respectivo, pierde su derecho a ella si no quiere oponerse al denuncia hecho por un supuesto restaurador, de la misma manera lo pierde si no se presenta en tiempo oportuno a formalizar su oposición, lo que se confirma con lo que dice el artículo 69 de ese Código, según el cual, si hubiere oposición, y ésta se formalizare oportunamente, se seguirá el juicio correspondiente, lo que quiere decir que la formalización oportuna es requisito *sine qua non* en esta clase de asuntos.

«Considera la Corte que, conforme al artículo 64 del Código de Minas, si el opositor u opositores no formalizan su oposición en el término señalado, el Juez, de oficio, devolverá el expediente al funcionario encargado de dar la posesión de la mina para que se lleve a efecto. Este artículo señala, pues, la sanción y el procedimiento cuando la formalización de la oposición no se ha realizado oportunamente. Es obligación del Juez declararla inadmisibile y devolver el expediente al funcionario encargado de dar la posesión. En el caso presente, el señor Molina Callejas se opuso decididamente al auto en que el Juez, considerando que se había formalizado en el término legal la oposición, que en este caso era una impugnación al denuncia, ordenó correrle traslado a dicho señor para que estableciera su demanda, por hallarse en el caso contemplado en el numeral 1º del artículo 53 de la Ley 292 del año de 1875. Pidió primero la revocación del auto, fundándose en que por no haber sido oportuna la formalización del denuncia, el Juez debía aplicar el artículo 64 del Código de Minas, y desechar de plano la oposición. Interpuso luego apelación, alegando extensamente ante el Tribunal sobre el mismo asunto, y confirmada la decisión del Juez, intentó de nuevo, sin éxito, revocación contra el auto confirmatorio del superior. Ley del proceso, dice el Tribunal, son las providencias que le dieron curso a la oposición, y la misma materia no puede ya revisarse como petición de una demanda que versa sobre el fondo del derecho. Y el sentenciador, a juicio de la Corte, está en lo cierto, porque como se ha dicho, la sanción y el procedimiento, cuando no se formaliza en el término legal la oposición a la posesión de una mina, están señalados en el artículo 64 del Código de Minas. Esto es, el Juez de oficio rechaza la oposición desde que se establece la demanda, no la admite y devuelve el expediente para que se proceda a dar la posesión ordenada por la autoridad administrativa. Pero si el Juez halla aceptable la demanda, y abre por esa razón el juicio, no es el caso de ventilar de nuevo el mismo punto en el juicio ordinario que se sigue después de admitida la oposición. El artículo

Págs.

363 del Código de Minas preceptúa que el que tenga título expedido o revalidado conforme a la ley, y pague puntualmente el impuesto respectivo, no perderá su derecho a la mina, a menos que, denunciada por uno que setitule restaurador, no quisiere oponerse. Allí no se agrega, como quiere el recurrente, *o no formalizare su oposición en el término de la ley*, porque esta cuestión se decide previamente. Pero suponiendo que lo dicho no fuera así, y que el Tribunal hubiera incurrido en las violaciones de la ley que el autor del recurso apunta, no podría casarse la sentencia, porque la Corte halla fundadas las razones de fondo que tuvo el Tribunal para desechar sobre este punto las pretensiones del actor en el auto en que negó la revocación pedida por éste. Dice así el sentenciador: 'La jurisprudencia de minas ha aceptado, por inspirarse en la filosofía en que está basada la legislación del ramo, que el cartel cumple el fin de notificar el denuncia a terceros a quienes pueda lesionar en sus derechos la adjudicación del Estado. (Artículo 8º de la Ley 292 de 1875, y artículos 48, 49, 50 y 51 del Código de Minas). Sentado lo anterior, es indiscutible que el denuncia no queda notificado por el sólo transcurso de las tres semanas consecutivas, ya que es menester la desfijación material de dicha pieza, como lo entiende la segunda parte del artículo 48, que dice: 'Dicho cartel permanecerá fijado por tres semanas, y llevará notas de fijación y desfijación firmadas por el comisionado y su Secretario.' Agrégase lo que dice la parte final del artículo 35 del Decreto 761 de 1887, que precisamente contempla el evento de que pasen más de veintidós días, incluyendo los feriados. ¿Qué clase de notificación se cumple por medio del cartel? La respuesta es obvia: la presuntiva, de que trata el artículo 31 de la Ley 105 de 1890. Según las voces de este texto, la notificación que se hace por medio del edicto no se entiende legalmente hecha sino desde la fecha y hora de la desfijación.' De lo expuesto puede concluirse, aplicándolo por analogía al caso del presente negocio, que el denuncia de minas no queda legalmente notificado sino con la nota de desfijación del cartel. La regla general del artículo 37 de la Ley 105 de 1890 es perfectamente aplicable al caso de autos, si se atiende a la finalidad que se propuso el legislador, bajo la institución del cartel.» (Casación, xxxix, noviembre 11 de 1931, número 1882)

333, 2ª
y 334,
1ª

MINAS. 174—Julían A. Henao denunció una mina; se opusieron José de J. Céspedes y Emilio

Págs.

Correa a su adjudicación y ganaron el pleito. En el recurso de casación que contra la sentencia del Tribunal interpuso el actor, atacó la decisión de éste en cuanto declaró que el derecho que la ley otorga a los dueños de terrenos en que existan cultivos o cría de ganados, les da inmunidad respecto de denuncias que hagan terceros de minas situadas en ellos, y que tal derecho puede hacerse valer por vía de oposición, sin necesidad de un juicio separado.

«El recurrente opina lo contrario; pero sus razonamientos sobre error de derecho son meras conjeturas, que no pueden prevalecer sobre las razones muy sólidas en que fundó el Tribunal la interpretación supletoria, que ha dado para llenar el vacío de que adolece la ley a ese respecto. Es cierta la doctrina del Tribunal, que la Corte acoge: según el Código de Minas, 'es cierto que en el acto de la posesión sólo pueden oponerse los dueños de minas colindantes, y los que por razón de un descubrimiento anterior pretendan mejor derecho a todas o parte de las pertenencias que van a entregarse; pero también lo es que la Ley 38 citada es posterior a aquellas disposiciones que pertenecen al Código de la materia, la cual no sólo da derecho al dueño del terreno para denunciar la mina en casos como el presente, sino que prohíbe a los extraños tal denuncia sin el correspondiente permiso de aquél. La ley no fija el momento mismo en que el dueño del terreno deba hacer valer sus derechos en el caso en que, con perjuicio, se viole aquella disposición, ni determina qué clase de juicio debe ventilarse con tal fin; únicamente contiene un mandato prohibitivo para los extraños no dueños del terreno: como que el legislador ha querido, no obstante la amplitud para la explotación minera, proteger la industria agrícola y pecuaria ante todo. No haciendo el señalamiento la ley para hacer valer ese derecho, como ya se dijo, no se ve inconveniente legal alguno para admitirlo en forma de una oposición al tiempo de darse la posesión, donde es precisamente la ocasión más oportuna, por tener allí lugar—y no antes—la mensura del terreno, y convencerse el dueño de éste, sin lugar a duda, de que efectivamente se le perjudica o pretende perjudicársele; pues de hacerse la oposición con anterioridad, podría suceder que la mensura no abarcara terrenos cultivados o destinados a la cría o ceba de ganados, sino propiedades en distintas condiciones o de otros dueños (artículo 26 del Código de Minas). Por otra parte, llevar al dueño del terreno a un juicio ordinario separadamente, para hacer efectivo su derecho, después, quizá, de haberse adjudicado la mina, sería una injusticia pal-

Págs.

maria, pues lo haría de peor condición, colocándosele como demandante, soportando probablemente el laboreo de la mina mientras el pleito se decida, lo cual daría un resultado contrario al del espíritu de la ley, que ordena al denunciante la obtención del permiso de aquél para poder denunciar la mina. Más claro: se le daría el pasaporte al denunciante para violar el artículo 3º citado (1), con más audacia; pues no es al dueño del terreno a quien le corresponde o debe corresponderle un trabajo arduo y costoso, sino al denunciante pedirle permiso a aquél y obtenerlo para denunciar la mina. De lo contrario, se vendría a una interpretación errónea de la ley'.» (Casación, xxxix, número 1880, junio 23 de 1831) 136, 1ª y 2ª

MULTA COMO CLÁUSULA PENAL. 175—Eiécer Vargas demandó al Colegio de Boyacá para el pago de una suma de dinero; contádemandó el Colegio, y en la sentencia del Tribunal fue condenado el actor a pagarle a éste la suma de quinientos pesos. Interpuso recurso de casación y acusó el fallo de violación del artículo 1546 del Código Civil, puesto que no habiéndose demandado por parte del Colegio, en su demanda de reconvencción, ni la resolución del contrato ni su cumplimiento, mal pudo condenar el sentenciador a Vargas al pago de la multa estipulada en la cláusula penal, la cual sólo es exigible en alguno de los extremos señalados en el artículo citado.

«El cargo prospera, porque si no se demandó la resolución del contrato o su cumplimiento, fundándose el Colegio en que el contratista no cumplió con sus obligaciones, mal puede condenarse a la multa que se estipuló para caso de incumplimiento. La multa es una consecuencia de la falta de cumplimiento del contrato, y si ese incumplimiento no se decreta, mal puede cobrarse la multa.» (Casación, xxxix, número 1883, febrero 10 de 1932)..... 471, 1ª

N

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL. 176—Se alegó la nulidad señalada por el ordinal 4.º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, por no haberse notificado al encausado, preso en otro Circuito, el auto que abría a pruebas la causa.

«Al estudiar el proceso se observa en realidad, que el auto en que el juicio se abrió a pruebas no se le notificó personalmente al acusado, y con la sola notificación por edicto no podían quedar llenados en el presente caso los efectos completos de tal formalidad. Si el procesado hubiera estado excarcelado, no hay duda que la notificación por medio de edicto habría sido suficiente para que se diera cuenta del pronunciamiento de ese auto, y

(1) Artículo 3º, Ley 38 de 1887.

Págs.

para que por tanto, ejercitara con toda libertad los medios necesarios en orden a su defensa. Mas una situación distinta se presenta con respecto al procesado que se encuentra preso, puesto que entonces, no pudiendo concurrir al Juzgado con entera libertad a informarse del curso del juicio, la falta de notificación personal de la providencia que abre el juicio a prueba, equivale prácticamente a que el acusado ignore su pronunciamiento, viniendo a ser completamente baldía la notificación que se haga por medio de edicto. Este auto, como lo anota el Fiscal recurrente, es de importancia capital en el procedimiento, especialmente cuando se trata de asuntos que se ventilan ante los Jueces de Circuito, puesto que es entonces cuando el procesado puede y tiene oportunidad de presentar las pruebas que considere convenientes y necesarias a su defensa, que era precisamente lo que se proponía el procesado en este asunto, cuando manifestó que lo hacía 'por tener varios puntos para probar y también por tratarse de mi defensa'; lo que no pudo ejercitar en realidad, en virtud de las circunstancias anotadas. En un caso más o menos análogo, en que sí se llevó a cabo la notificación personal al procesado de un auto en que se citaba para sorteo de Jurados, pero en que no se le llevó a presenciar la diligencia ni a tomar parte en ella, dijo la Corte lo siguiente, que es conveniente reproducir: 'Esta Sala ha sostenido la tesis de que encontrándose detenido o preso, la notificación que se le haga de un auto, sea para el sorteo general de Jurados, sea para uno de carácter parcial de reemplazo, sin que se le lleve al Juzgado a tomar parte en la diligencia respectiva, equivale a no habérsele notificado, incurriéndose así en la nulidad de procedimiento que establece el numeral 1º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887.' (Casación, xxxix, número 1884, marzo 30 de 1932).....

618, 1ª y 2ª

- 177—Fue tachado de nulidad un proceso criminal por homicidio, porque varios de los que actuaron en la audiencia pública como Jurados ya no figuraban en la lista respectiva, es decir, cuando ya no eran designados por haber sido excluidos de la que estaba en vigor ante el Juez Superior.

«Aquí se presenta el caso de saber si los Jurados adquieren toda la plenitud de su ejercicio por el hecho del sorteo, y por corrérseles traslado del expediente, o si aquella plenitud de funciones tiene lugar más bien cuando actúan como Jueces de conciencia durante la audiencia, es decir, cuando aprecian los hechos y deciden de conformidad sobre si el encausado es responsable o nó de los actos delic-

Págs.

tuosos que se le imputan. Es indudable que el sorteo y el traslado pueden considerarse como formalidades previas, sin las cuales—sobre todo el primero—no se puede saber qué determinada persona debe desempeñar el cargo de Jurado. Pero no quiere decir que esas formalidades sean lo sustancial dentro del cargo mismo, comoquiera que éste sólo se desempeña fundamentalmente y de una manera esencial y completa cuando se ejerce dentro de la audiencia, emitiendo el veredicto correspondiente. Y es tanto más cierto lo que se dice respecto de los Jurados sorteados y a quienes se les ha corrido el traslado, que basta ver las disposiciones que regulan esta materia para que se comprenda cómo todas convergen, en el fondo, a que los Jurados lleguen a la audiencia, es decir al momento en que deben desempeñar fundamentalmente su cargo sin ninguna tacha que los inhabilite para desempeñar el cargo. Otra consideración que cabe hacer en estos particulares es la de que, si la ley ha querido—artículo 311 de la Ley 57 de 1887—que para ciertos casos que pudieran estimarse como incidentales, tales como el someter a un Jurado que ya ha actuado, alguna nueva cuestión o subsanar alguna irregularidad, se sorteen nuevos Jurados, en caso de que algunos estuvieran legítimamente impedidos para concurrir al acto, o fueren excusados, o estuvieran ausentes o hubieren dejado de ser designados, teniéndose por anulada la causa respecto de los cargos a que se refieren las informalidades que se van a subsanar, o con mayor razón, que es como si se dijera *a fortiori*, debe hacerse tal sorteo cuando se trata de decidir todas las cuestiones formuladas contra un acusado, presentándose el caso de que Jurados ya sorteados para una audiencia de tal clase, han dejado de ser designados, por haber sido excluidos de la lista correspondiente. Quiere decir lo anterior que cuando en el Juzgado 2º Superior de Santa Marta se recibió el once de septiembre de mil novecientos treinta la lista de designados revisada por el Tribunal, y en la cual no figuraban los nombres—por haberse excluido expresamente—de los señores Héctor Guardiola, Joaquín Ceballos y Miguel Antonio Amaya, ha debido procederse a un sorteo parcial para reemplazarlos, ya que tales señores no podían intervenir, por no figurar en la nueva lista, es decir, por no ser designados, en el acto fundamental de la audiencia para decidir como Jurados acerca de la responsabilidad del encausado Jesús Luna. Ya en este punto de las consideraciones que se vienen formulando, no se halla acor-

Págs.

de la Sala con los recurrentes, en lo relativo a la causal de nulidad invocada, es decir, en que se trata del numeral 1º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, porque es evidente que el Juez Superior sí era competente para conocer del asunto y tenía la jurisdicción del caso para ello. Lo que sucede es que, debiendo conocer con intervención del Jurado, la mayoría de los miembros de éste estaban en circunstancias, según se ha visto, de no ejercer el cargo en su parte esencial y en toda su plenitud, por no ser designados en la lista vigente. Pero de ello no se puede deducir en manera alguna falta de jurisdicción en el Juez de derecho ni incompetencia del mismo, por no tenerla la mayoría de los Jurados, ya que éstos, según el inciso final del artículo 304 de la Ley antes citada, no ejercen jurisdicción, ni son los que condenan o absuelven a los acusados, ni su misión tiene por objeto la persecución ni el castigo de los delitos, sino sólo el decidir si el acusado es o no culpable del hecho o hechos que se le imputan. Siendo esto así, como lo es, es evidente que de lo que se trata es de la causal que se contempla en la segunda parte del numeral 2º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, es decir, de no haber reemplazado a algunos de los Jurados, siendo el caso de hacerlo. Sin que se arguya que no se cumple la condición consignada allí mismo y relativa a la necesidad de haberse reclamado de la resolución del Juez sobre el asunto en el acto del sorteo, porque esto era absolutamente imposible en el caso que se contempla, comoquiera que cuando se verificó el sorteo el veintitrés de julio de mil novecientos treinta, sí estaban en la lista de designados los individuos que fueron sorteados, y entonces no había lugar a reclamo. Sólo después dejaron de ser designados, es decir, cuando debían desempeñar su cargo esencial y definitivamente, y entonces es cuando se ha debido proceder a reemplazarlos por medio de un sorteo parcial, previsto por la ley para tales casos.» (Casación, xxxix, número 1883, enero 30 de 1932).....

503, 1ª y 2ª

- 178—Se alegó nulidad del proceso criminal basada en la injusticia notoria del veredicto.

«Ni de acuerdo con la Ley 78 de 1923 ni con la 118 de 1931, que la modificó, se reconoce como causal de nulidad la injusticia notoria. Esta última ley reconoce como nueva causal de casación la siguiente:

5ª Ser la sentencia violatoria de la Ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido debatida previamente en las instan-

Págs.

cias.' De suerte que para estudiar y dilucidar en casación lo relativo a injusticia notoria, es necesario que esa cuestión se haya debatido previamente en las instancias, o sea que la defensa la haya presentado y sostenido en ellas. Pero se dirá que tal cosa no puede exigirse en este caso, desde luego que cuando se adelantó el proceso ante los Jueces de instancia todavía no estaba vigente la mencionada Ley 118 de 1931, que sólo entró a regir el 1.º de enero del presente año; mas es que la antigua tampoco contiene en forma alguna esa causal o vicio de nulidad, consistente en la injusticia notoria del veredicto, sobre lo cual se volverá más adelante.» (Casación, xxxix, número 1883, enero 30 de 1932).....

504, 2ª

NULIDAD POR CAUSA DE SIMULACIÓN DE UN CONTRATO CELEBRADO POR EL MARIDO, DEMANDADA POR LA MUJER EN PROVECHO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA. 179—La cónyuge supérstite demandó en provecho de la sociedad conyugal ilíquida que contrajo con su difunto marido, la nulidad por causa de simulación de unos contratos hechos por éste y la correspondiente entrega a la sociedad conyugal de los bienes vendidos. Prosperó la acción ante el Tribunal de Bogotá, y aunque intentaron recurso de casación ambas partes contra su fallo, cada cual en lo desfavorable, la demandada alegó violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, por estimar que la mujer carece de personería sustantiva para demandar la nulidad de los actos en que haya tenido parte su marido.

«Estima la Corte que, precisamente, por las disposiciones del Código Civil que consideran al marido como jefe de la sociedad conyugal, y como dueño respecto de terceros, de los bienes sociales, en los contratos que éste celebre sobre tales bienes no interviene la mujer, ni puede decirse que ella ha ejecutado el acto nulo, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Son frecuentes los casos en que el marido, ya sea para ponerse a cubierto de una separación de bienes, o para favorecer intereses distintos de los de la sociedad conyugal que administra, dispone fraudulentamente, simuladamente, de los bienes a despecho de la voluntad de la mujer, y una vez disuelta la sociedad no podría negarse a aquélla la acción para demandar la nulidad de los contratos celebrados por el marido para perjudicarla, aplicando la sanción del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, que prohíbe alegar la nulidad absoluta a quienes han intervenido en la celebración del acto o contrato nulo. Con sobra de razón dijo esta Corte en sentencia de veintidós de abril de mil novecientos veinticinco, suscrita entre otros Magistrados, por uno de los recurrentes en este pleito: 'De la disolución de la sociedad conyugal por

Págs.

cualquier causa legal, surge para la mujer, con la plenitud y efectividad de todos sus derechos, el de obtener judicialmente la reparación de agravios que el marido le haya irrogado por medio de actos y contratos que, por ser nulos, resolubles o rescindibles, no esté ella obligada a respetar. Puede entonces, con legítima e indiscutible personería, invocando un verdadero interés actual, hacer valer con eficacia las correspondientes acciones de nulidad, resolución, etc., etc. La simple inconveniencia de tales actos o contratos no le da derecho alguno contra ellos, y forzoso le es aceptarlos como hechos consumados e irreparables.' (*Gaceta Judicial*, año de 1925, tomo xxxi, página 230).» (Casación, xxxix, número 1883, diciembre 17 de 1931).....

434, 2ª

NULIDAD POR SIMULACION. 180—El demandado en un juicio de reivindicación excepcionó de nulidad por simulación en cuanto al contrato que constaba en la escritura aducida por el actor como base para la reivindicación. Condenado por el Tribunal, que confirmó la sentencia de primera instancia, recurrió en casación acusando de error de derecho en la interpretación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, por cuanto el Tribunal negó al demandado el derecho de demandar la nulidad del contrato por simulación, por no haber comprobado su carácter de heredero del vendedor, para probar el interés en que se declarase esa nulidad, pues, en concepto del recurrente, el derecho de alegar la nulidad absoluta lo confiere el citado artículo 15 «a todos los terceros que por un motivo o por otro tengan necesidad de hacer valer sus derechos» con relación con el acto o contrato cuya nulidad se solicita.

«A esto observa la Corte que la declaración que hace la ley (artículo 15 citado), de que puede alegar la nulidad absoluta de un acto o contrato 'todo el que tenga interés en ello,' sólo se refiere a todo el que tenga interés jurídico, mas no a todo el que de su anulación pretende derivar un derecho cualquiera; como el demandado no se halla en ese caso, carece de fundamento la acusación por este motivo.» (Casación, xxxix, número 1880, julio 18 de 1931).....

191, 1ª

NULIDAD POR SIMULACION—TERCEROS. 181—César Morales compró en 1880 el globo de tierras denominado *Plan de Rioseco*, en La Paz; el año de 1891 se lo vendió a Clemente Mejía por la suma de \$ 12.000, que el comprador se obligó a pagar en el plazo de diez años y nueve meses, con hipoteca de la finca comprada; por medio de cláusula especial se obligó a retrovender la finca, siempre que Morales se lo exigiese dentro del plazo que tenía para pagar. A su turno Mejía vendió esa finca el año de 1892 a Bruno Arias, por la misma suma en que la había comprado, comprometiéndose a pagarle a Morales en nueve años siete meses y diez y siete días; para el pago hipotecó Arias a Morales el mismo inmueble y se comprometió a venderlo a éste dentro del término de cuatro años. Morales

Págs.

intervino en el otorgamiento de esta escritura aceptando las estipulaciones a su favor. Mejía volvió a adquirir nuevamente de Bruno Arias la finca en 1894. En ese instrumento, Morales, ejercitando el poder que le había conferido Arias en 1892, le vendió a Mejía el terreno por la misma suma de \$ 12.000, que se obligó a pagar Mejía en siete años, nueve meses y diez días, para pagar los cuales hipotecó la finca materia del contrato y en seguida se obligó a retrovenderla a Morales por el precio estipulado dentro del término de cuatro años. Cuando se otorgó esta escritura por el apoderado de Morales, ya había fallecido el poderdante. Mejía falleció en 1900 y en su testamento instituyó como heredera universal a su esposa Isabel Puerto. Muerta ésta, dejó como heredero universal a Roberto Parra; éste le vendió a Soledad Parra sus derechos en la sucesión de aquélla, y Soledad a Luis F. Marroquín. Abiertas las sucesiones de Mejía y su esposa, Isabel Puerto, los inventarios se sucedieron y en ellos denunció Marroquín la finca de *Plan de Rioseco*, la cual se halló en poder de Julio Ospina, como apoderado de César Morales, por lo cual se dejó en su poder. Entonces Marroquín, en nombre de las sucesiones de Clemente Mejía e Isabel Puerto de Mejía, demandó a Ospina en juicio de reivindicación de la nombrada finca. El Tribunal revocó la sentencia que condenó a la restitución solicitada, y declaró probada la excepción perentoria de nulidad por simulación del contrato contenido en la escritura de 1894, absolviendo así al demandado de los cargos de la demanda. En casación se alegó la violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, puesto que, se dijo, la sentencia iba contra terceros poseedores de buena fe, como era Marroquín, comprador de Soledad Parra.

«Se ha visto al historiar el litigio que lo que Soledad Parra vendió a Marroquín fueron los derechos que tuviera en la sucesión de Isabel Puerto de Mejía, y Marroquín, hablando en nombre de las sucesiones de Clemente Mejía y su señora, estableció la demanda contra Julio Ospina para que fuera obligado a restituir la finca *Plan de Rioseco*, a esas sucesiones. Lo que hay que averiguar es si las sucesiones para quienes se demandó sean terceros respecto de los señores Clemente Mejía y César Morales que celebraron el contrato que se tacha de nulo. La jurisprudencia de esta Superioridad tiene resuelto que tratándose de contratos simulados, los herederos de las personas que intervinieron en el contrato pueden demandar la nulidad, porque la sanción que impone la ley es de carácter penal y las penas son una cosa personal que no puede pasar a los herederos, doctrina ésta que se refiere al caso de que los herederos quieran demandar la nulidad de él, pero los herederos universales de las personas que intervinieron en la celebración del contrato son los continuadores del que celebró el contrato, lo representan en un todo, de suerte que demandar a los herederos es jurídicamente

Págs.

como demandar al causante. Si así no fuera, por el hecho de morir uno de los que celebraron el contrato nulo, éste no podría declararse en justicia simulado, porque no habría contra quién dirigir la acción, si los herederos de esa persona se consideraran como terceros. Esta solución ha sido dada por la Corte en sentencias de cinco de septiembre de mil novecientos veintidós y treinta de abril de mil novecientos quince, que dicen: 'Tercero en un contrato no es el que tenga justo título, sino el que no intervino en él o no es causahabiente universal del mismo.' (*Gaceta Judicial*, tomo xxix, página 262, 1ª). 'Los causahabientes a título particular son terceros respecto de los causantes que celebraron un contrato por medio de documento privado; pues ellos son extraños al contrato y no son sucesores en todos los derechos y obligaciones transmisibles de las partes que lo celebraron.' (*Gaceta Judicial*, tomo xxv, página 74, 2ª). Párese igualmente la atención que Marroquín, en nombre de los sucesores de Mejía y su señora, no ha demandado la simulación; ella fue propuesta por el demandado Ospina, por vía de excepción. Tampoco se ha negado por el sentenciador que la simulación pronunciada judicialmente no produce efectos contra terceros poseedores de buena fe; lo que tenía que demostrar el recurrente era que los sucesores de Clemente Mejía y su mujer fueran terceros en ese pleito, para así alegar la violación del artículo 15 invocado. Es conveniente reproducir la contestación de la parte no recurrente, que prohija la Corte, por considerar que esas razones son bastantes para rebatir las alegaciones del recurrente. Dice así: 'El señor Luis Felipe Marroquín inició la demanda en representación de las sucesiones ilíquidas de Clemente Mejía e Isabel Puerto de Mejía; es decir, no en nombre propio, sino en nombre de dichas sucesiones, que son en esencia las mismas personas que los causantes; y es notorio que el causante Clemente Mejía intervino directamente en la celebración del contrato simulado, e Isabel Puerto fue heredera universal de su marido.' Ahora bien, la jurisprudencia constante de la Corte tiene establecido que solamente los causahabientes a título particular son terceros respecto de los causantes, pero que nunca tiene la calidad de tercero el causahabiente universal. 'Si, pues, Isabel Puerto fue causahabiente universal de Clemente Mejía y éste intervino directamente en el contrato simulado, es infantil tratar de probar que las sucesiones de estos cónyuges son terceros de buena fe contra los cuales no puede alegarse la nulidad por simulación.' Y no es

Págs.

posible terminar este capítulo sin poner de realce un error capital del recurrente; porque el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 no trata del punto planteado por el recurrente en este capítulo, es decir, no determina *contra quiénes* pueda alegarse la simulación, sino que se limita a decir *quiénes pueden alegar una nulidad*. En una palabra, la disposición citada consagra el derecho activo, no el pasivo en caso de nulidad. En consecuencia, mal puede haber sido violado por el Tribunal dicho precepto, y está fuera de lugar la jurisprudencia de la Corte invocada por el demandante, porque ella se refiere también a quien pueda alegar la nulidad, pero no a que los herederos a título universal sean terceros con relación a su causante; esto no lo ha dicho la Corte nunca, y antes bien, ha establecido precisamente todo lo contrario, como se deja demostrado.» (Casación, xxxix, número 1881, agosto 3 de 1931).....

233, 2ª y
234, 1ª

NULIDAD POR SIMULACIÓN DEMANDADA POR LOS HEREDEROS DE QUIEN INTERVINO EN EL CONTRATO. 182—Los herederos de quien ha intervenido en un contrato tachado de nulo por simulación pueden demandar la nulidad, según una conocida jurisprudencia de la Corte. (Casación, xxxix, número 1880, junio 22 de 1931)

138, 2ª

NULIDAD POR SIMULACIÓN DE UN CONTRATO, DEMANDADA POR EL MARIDO EN INTERÉS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. 183—Reyes Zúñiga contrajo matrimonio con Margarita Valderrama tres días después de que ésta celebró con el padre de aquél un contrato de compraventa de bienes raíces en que ésta vendió una finca. Una vez casado, Zúñiga demandó a José Antonio Zúñiga, en juicio ordinario, para que se declarase nulo absolutamente por causa de simulación el contrato de compraventa entre su padre y su esposa. Fallado el pleito en consonancia con las pretensiones de la demanda por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, recurrió José Antonio Zúñiga en casación ante la Corte, donde acusó la sentencia de haber violado el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, pues aseveró que siendo Reyes Zúñiga esposo de la vendedora Margarita Valderrama, y habiendo demandado como esposo, era tanto como si ésta hubiese pedido la declaración de nulidad contra expresa violación del artículo citado, que prohíbe alegar la nulidad al que ha intervenido en el acto o contrato.

«Se considera: No ha habido violación directa del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, porque el sentenciador ha partido de la base de que no fue Margarita Valderrama la que ha ejercitado la acción, sino su marido, obrando como tercero. Existiría esa violación si, admitiendo el Tribunal que la expresada señora fue la promotora de la acción, le reconociera el derecho de pedir la nulidad de un con-

Págs.

trato celebrado por ella misma. Se desecha por esto el primer motivo. Cuanto al segundo, él sólo puede venir como consecuencia de un error de hecho evidente que hubiera cometido el Tribunal en la apreciación de la demanda, o de un error de derecho. El recurrente no ataca expresamente por error; pero estima la Corte que de manera implícita sí formula el cargo, pues a ello equivalen estas palabras: 'En la demanda se ve claro, nítido, que Reyes Zúñiga procede en ejercicio del derecho de representación de su esposa, cuyos intereses defiende. No, como afirma el fallo, que demanda para sí, como personalmente interesado en la declaración de nulidad, como tercero, en el sentido que a este término le da el artículo 15.' Al principio del libelo dice Reyes Zúñiga que en nombre y representación de su esposa Margarita Valderrama ocurre a demandar. En la petición cuarta (4ª) de las subsidiarias, solicita costas si el demandado se obstinare en negar su derecho (mi derecho, dice). En el hecho 6º asevera que su esposa y él han estado en posesión continua de la finca, a excepción de dos pequeños lotes, y en el 7º arguye que es inverosímil que el demandado les hubiera permitido poseer la finca por mera liberalidad. En las razones de la demanda expresa: 'De ahí también que mi padre hubiera consentido en que mi esposa y yo hayamos poseído como dueños una parte más o menos proporcional al derecho de mi esposa en la sucesión de su primer marido, no obstante que tales bienes habían sido adjudicados a mi padre en la sucesión de Baronio.' Si por la frase de la introducción puede juzgarse que Reyes Zúñiga asumió únicamente el papel de representante de su mujer, en las otras afirmaciones citadas, ya habla también en su propio nombre, refiriéndose a su derecho y a la posesión que ha tenido, junto con la señora Valderrama. Esto quiere decir que, dada la ambigüedad de la demanda sobre el particular, la interpretación de esta pieza por el Tribunal no puede ser tachada de evidentemente errónea. Es evidencia, según el Diccionario, una certeza clara, manifiesta y tan perceptible de una cosa que nadie puede racionalmente dudar de ella. Luego para calificar de evidentemente errónea la interpretación de que se trata, sería preciso que apareciera clara y manifestamente, y sin lugar a duda racional, que el demandante instauró la acción a simple nombre de su mujer y no también en interés propio. ¿Y cuál es ese interés propio? El de los frutos de los bienes de la mujer, que pertenecen a la sociedad conyugal y respecto de los cuales el marido se reputa dueño en

relación con los terceros (artículo 1781, numeral 2º, y 1806 del Código Civil). Considerado el asunto por este aspecto, Reyes Zúñiga es un tercero en orden al contrato celebrado por la señora Valderrama, y el señor José Antonio Zúñiga. Aquél no era marido de la Valderrama cuando se verificó el contrato; y una vez contraído el matrimonio, es dable sostener el interés actual del demandante para promover la acción en defensa de los intereses de la sociedad conyugal, cuyo jefe es. Ha declarado la Corte que, tratándose de juzgar sobre la validez o ineficacia de un contrato, son terceros aquellas personas que no intervinieron en su celebración ni son herederos de los contratantes (número 2489 del tomo 2º de la *Jurisprudencia*), y tal es el caso de Reyes Zúñiga; no celebró el contrato y tiene interés propio y directo, distinto del de su mujer, en obtener la declaración de nulidad. Así, pues, si no resulta de manera evidente que el Tribunal hubiera errado de hecho al interpretar la demanda, no queda acreditado el error de derecho al dejar de aplicar el artículo 15 de la mencionada Ley 95. Tiene Reyes Zúñiga interés propio y actual en cuanto jefe de la sociedad conyugal, y no celebró el contrato, se repite; de aquí que no se le pueda negar la acción, por más que el resultado de ella redunde también en beneficio de la señora Valderrama. Esto es inevitable en el sistema legal sobre régimen de la sociedad conyugal. Por tanto, se concluye que no hay violación indirecta del artículo mencionado, y no se acepta el motivo que se estudia.» (Casación, xxxix, número 1879, mayo 29 de 1931)

64, 1ª y
2ª, y
65, 1ª



OFERTA PARA IMPEDIR LA MORA DE LA OBLIGACION CONTRAIDA. 184—Demandó Antonio J. Ramírez a Fabio Benavides para el cumplimiento de un contrato de arrendamiento. Ramírez había pagado los cánones de varios períodos del contrato de arrendamiento, pero como a última hora alegase el arrendador Benavides que estaba terminado el contrato y se negase a recibir la oferta de pago que le hizo el arrendatario por medio de un comisionado de éste, el Tribunal halló que habiendo hecho Ramírez la oferta de pago no había incurrido en mora de cumplir el contrato. Recurrió Benavides en demanda de casación de la sentencia alegando violación del artículo 1609 del Código Civil, y diciendo que no era cierto, como dizque lo afirmaba el Tribunal, que la renuncia de Benavides a recibir el precio hubiera puesto a Ramírez en la imposibilidad de verificar tal prestación, pues ahí estaba el pago por consignación, institución jurídica establecida para todo evento en que se deba algo y el acreedor rehusa recibir.

Págs.

«El Tribunal no ha sostenido que la oferta hecha por Ramírez, mediante recomendado, sea el pago de la obligación, sino que éste, en virtud de tal oferta, se allanó oportunamente al cumplimiento, y desde semejante punto de vista es aplicable el artículo 1609 del Código Civil, con arreglo a lo explicado antes. Cuanto a la imposibilidad en que, según el sentenciador, puso a Ramírez la renuencia de Benavides, ella ha de entenderse en sentido relativo, o sea dadas las circunstancias de hecho en que se halló el primero. El actor no aceptó la oferta, y no teniendo obligación el deudor de acudir a la consignación (aunque sí fue un descuido suyo el no haberlo hecho), le bastaba la disposición o allanamiento de cumplir. Tal es el pensamiento del Tribunal, quien agrega que la ley no exige necesariamente en esos casos el pago por consignación, sino que éste es un medio que a facultad puede utilizar la persona obligada. En sentir de la Corte, el pago por consignación es indispensable para el cumplimiento de la obligación, pero no para establecer el allanamiento del deudor a cumplirla, porque una cosa es el cumplimiento y otra el allanamiento a él. Así, pues, cuando el deudor, para evitar los efectos de su mora, se contenta con hacer incurrir al acreedor en la mora de recibir, le basta allanarse a cumplir mediante el ofrecimiento de pago. Esta distinción, por lo demás, viene reconocida desde el derecho antiguo, según la máxima latina que, traducida, dice que la oferta basta para impedir la mora, pero no para extinguir la obligación.» (Casación, xxxix, número 1883, diciembre 16 de 1931).

430, 1ª

OPOSICIÓN A LA ADJUDICACIÓN DE MINAS. 185—(Véase: *Minas*).

P

PARRICIDIO (uxoricidio). 186 — Un individuo dio muerte a su esposa con disparos de revólver y mediante circunstancias de asesinato. Al responder el Jurado al segundo cuestionario, en que se le preguntaba sobre aquellas circunstancias, dijo: «Sí, pero impulsado por los celos ocasionados por las infidelidades de su esposa.» Condenado el reo a veinte años de presidio, alegó en casación la violación de ley sustantiva representada en los artículos 604 y 605 del Código Penal.

Dijo la Corte:

«La agregación puesta por el Jurado a su contestación indica el móvil que guió al agente en la comisión del delito, y no hay duda que si ese móvil hubiera sido suficiente, en concepto del Jurado, para excusarlo de responsabilidad, así lo habría declarado, contestando negativamente los cues-

Págs.

tionarios que se le formularon. Mas ese Jurado no le dio al móvil ese alcance, y muy al contrario, declaró que el acusado era responsable no sólo de un homicidio voluntario, sino también de que éste fue ejecutado con caracteres de premeditación y circunstancias de asesinato. Si el Código Penal, aunque en el presente caso sólo se tratara de un homicidio (parricidio) simplemente voluntario, permitiese graduar la responsabilidad, podría el juzgador de derecho entrar a fijar el valor del móvil del agente, para determinar de acuerdo con él, y en armonía con la agregación puesta por el Jurado, la mayor o menor gravedad del hecho delictuoso, y por tanto de la responsabilidad, debiendo adaptar a ella, según la temibilidad, la sanción correspondiente. Mas como lo examinan con todo acierto el Juez y el Tribunal, refiriéndose a las disposiciones penales vigentes sobre la materia y a decisiones anteriores de los Tribunales y de la Corte en relación con este asunto, el Código vigente, en forma muy clara, que no permite interpretación distinta y con evidente desacierto, impone la misma pena fija de veinte años de presidio, ya sea que se trate de un parricidio voluntario, ya sea que medie premeditación y aun circunstancias de asesinato. Si tratándose de un parricidio simplemente voluntario no se puede, por tanto, aplicar la penalidad ordinaria, sino la fija de veinte años de presidio, con mucho menos razón puede procederse con criterio distinto en un caso como el presente, en que el Jurado fue especialmente explícito al pronunciar su veredicto, comoquiera que declaró que el homicidio, según ya se vio, se había cometido con previa deliberación y con determinadas circunstancias, que le dan al hecho ejecutado por el acusado la fisonomía jurídica de asesinato.» (Casación, xxxix, número 1883, enero 30 de 1932).

500, 1ª

PARTICIÓN. 187—Convinieron todos los interesados en un juicio de sucesión en que un lote de terreno situado en Fontibón se partiese materialmente en lotes y se les adjudicase en la proporción correspondiente a cada uno de los partícipes. No obró así el partidor, por lo cual fue objetada la partición. No se declararon fundadas las objeciones ni por el Juzgado ni por el Tribunal, y recurrieron en casación los objetantes acusando la sentencia de violación del artículo 1394, regla 8.ª, del Código Civil.

«.... Resultan estas dos cuestiones: sobre todo, la cuestión potísima de que los interesados han manifestado legítima y unánimemente que es su voluntad que el lote de Fontibón se distribuya entre ellos, manifestación que, al tenor de los preceptos legales, entraña una rotun-

Págs.

da prohibición de proceder de otro modo, toda vez que aun en el caso de que ese lote no admitiera una cómoda división, o de que de la distribución de él pudieran resultar perjuicios, el mandato del legislador, contenido en la regla 8.^a del artículo 1394 del Código Civil, es que, por sobre todas estas consideraciones, se esté a aquello en que convengan legítima y unánimemente los interesados. Es, pues, fundado el cargo que se examina, y lo expuesto es suficiente para casar la sentencia recurrida, sin necesidad de entrar a estudiar los otros cargos contenidos en el alegato del doctor Parra.» (1). (Casación, xxxix, número 1880, junio 24 de 1931).....

148, 1^a

PARTICION. 188—El cónyuge sobreviviente en el juicio de sucesión de Mercedes Ortiz de Roncancio objetó la partición por varios motivos, que fueron desechados por las sentencias de instancia. En casación alegó que el Tribunal había incidido en error de hecho notorio en la apreciación que hizo de la hijuela de deudas de la partición, por haberse adjudicado a los herederos en común sin determinar cuánto correspondía a cada uno, lo que haría imposible después la determinación de la cantidad respectiva en un juicio de división, o se entendería que a cada uno de ellos le correspondería la mitad del bien adjudicado, con lo cual quedarían perjudicados los derechos del cónyuge.

Dijo la Corte:

«Se considera: Los actos de partición, ya sean de herencia o de bienes sociales, contienen dos operaciones que son elementos esenciales: la *liquidación* y la *distribución* de los efectos partibles (artículo 1394). (2). La liquidación comprende no solamente el ajuste de lo que se debe a una sucesión por terceros, y de lo que ésta les debe, sino también la verificación de los créditos y deudas de los partícipes, ya respecto de ella, ya entre los mismos interesados; y por esta razón dispone el artículo 1394 que el partidor liquidará lo que 'a cada uno de los coasignatarios se deba,' y sobre esta liquidación se procederá a la distribución individual de los bienes, o sea a la formación de las hijuelas. En la partición que se estudia echó en olvido el partidor hacer la liquidación individual de lo que se debía, tanto a Roncancio como a Brígida García de Ortiz, y formó la hijuela de sus créditos sobre un derecho proindiviso de valor de.... adjudicado en común entre los dos acreedores, sin determinar el valor en que debía estimarse la cuota de cada cual, ya que sus créditos son desiguales, requisito que debe consignarse en el título mismo de cada heredero. El cargo es fundado, pero

(1) Número 2907, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»
(2) Código Civil.

Págs.

afecta solamente una parte del fallo.» (Casación, xxxix, número 1884, abril 11 de 1932).....

579, 1^a

PENSIONES. 189—«Consecuente con el espíritu del artículo 421 citado (1), la Corte ha decretado el pago de las pensiones desde la fecha de la primera demanda, cuando ella está ajustada a derecho, y no es necesario dictar autos para mejor proveer. Ahora bien: como ha sido doctrina constante de la Corte que la fecha precisa en que la demanda intentada genera derechos, y por consiguiente pago de la pensión, es aquella en que se ha perfeccionado el expediente; y como en el presente asunto hubo que dictar hasta tres autos para mejor proveer y obtener así la prueba completa necesaria para reconocer el derecho, hay que concluir que la petición del señor Tello es improcedente.» (2).

PERITOS. 190—Demandados unos individuos en juicio de rescisión por lesión enorme interpusieron casación contra la sentencia del Tribunal que declaró lo pedido en la demanda, y alegaron, entre otros motivos, la violación del artículo 656 del antiguo Código Judicial, ora fuese porque uno de los peritos que dictaminaron sobre el valor de la finca vendida no la paseó a tiempo del contrato de venta, ora porque todos los peritos no practicaron juntos la diligencia de avalúo.

«... Por el contexto del dictamen se comprende que el perito M. Augusto Vernaza no estuvo en la finca que había de ser avaluada, ni solo ni en asocio de sus colegas. Allí se dice que el expresado señor *conoció y paseó* desde antes del mes de junio de 1924 esa finca, con lo cual se da a entender inequívocamente que no se trasladó a ella en los días anteriores a aquel en que fue rendida la exposición; y esto era indispensable, en sentir de la Corte, para que el perito pudiera cumplir el precepto legal de investigar la realidad de las cosas. No es lo mismo conocer una hacienda durante las horas de un paseo que examinarla de propósito, con el fin de emitir un parecer sobre ella ante la autoridad. Luego el dictamen de que se trata no contiene en lo que mira a Vernaza, el resultado de un examen inmediato o siquiera reciente de la finca, y de aquí que el concepto pericial no pueda ser acogido sin contrariar lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 656 del Código Judicial (3). Por este aspecto procede el cargo. No así por el otro, consistente en que los peritos no practicaron juntos la diligencia, pues si Vernaza hubiera

(1) Artículo 421 del Código Civil.
(2) Se había pedido que la pensión se concediese desde la fecha de la demanda.
(3) Hoy el artículo 716 de la Ley 105 de 1931.

Págs.

examinado la finca individualmente antes de rendir el dictamen, éste sería inadmisibles. El que los peritos no hayan practicado la diligencia juntos, ni hayan extendido su dictamen en una sola declaración, como lo prescribe el artículo 516 del Código Judicial, son omisiones que constituyen una simple informalidad, de suyo insuficiente para invalidar el dictamen pericial. Así lo ha declarado la Corte en varias sentencias de casación, como la de 28 de junio de 1919 (tomo XXVII de la *Gaceta Judicial*), y la de 31 de julio de 1914 (tomo XXIV) (1)» (Casación, XXXIX, número 1881, julio 22 de 1931).....

222, 1ª

PERJUICIOS. 191—Demandó Francisco García a la Compañía de Energía Eléctrica de Honda para que se la condenase a pagarle los perjuicios que había sufrido con una descarga eléctrica a consecuencia de la cual quedó con una invalidez vitalicia. Condenada la Compañía recurrió en demanda de casación contra la sentencia del Tribunal que revocó la del Juez de primera instancia, y acusó la sentencia de aplicación indebida de los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, pues había considerado la culpa con el carácter de extracontractual o aquiliana, en vez de considerarla como contractual.

«Se considera: El demandante apoyó su acción en las disposiciones del Título 34, principalmente en el artículo 2359, como consta en la parte transcrita de la demanda. Estos preceptos contemplan obligaciones legales, extrañas en absoluto a las obligaciones contractuales. El juzgador, por ende, estaba en el ineludible deber de ceñirse a la acción ejercitada, ora para absolver, ora para condenar. El daño en la instalación no fue conocido por García sino cuando cogió el alambre y fue víctima de la descarga eléctrica. Por consiguiente, el demandante no violó la estipulación en referencia. Si la Compañía hubiera probado, prueba que no existe en autos, que García había conocido el daño antes de coger el alambre, la parte demandada no tendría responsabilidad alguna. En este evento, la acción sería improcedente, por no tratarse de una obligación legal sino de una contractual, y por haber sido violado el contrato por García. Si en lugar de García, un visitante de la casa de éste hubiese cogido el alambre, recibiendo la corriente eléctrica, de seguro que tendría acción para pedir el pago de perjuicios, en armonía con nuestra legislación. Esto patentiza la diferencia que existe entre la culpa contractual y la legal. Es obligación legal de la compañía emplear una constante diligencia para defensa del público y de los arrenda-

(1) Concordancia con esta última doctrina de la Corte: número 767, «Jurisprudencia de la Corte,» tomo 2º

Págs.

tarios de luz, so pena de incurrir en la sanción civil de pagar perjuicios. La Compañía no ha probado tal diligencia. Al contrario, en autos existe la prueba de que por su descuido han ocurrido graves accidentes. El Tribunal, por consiguiente, no aplicó indebidamente los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, y de modo jurídico se abstuvo de aplicar los artículos 1602, 1606, 1608, 1609, 1615 y 1620 de la misma obra.» (Casación, XXXIX, número 1883, febrero 2 de 1932).....

458, 2ª y
459, 1ª

PERJURIO. 192—Alegaba un recurrente que el Tribunal había dejado de aplicar el artículo 454 del antiguo Código Judicial por aparecer comprobado que las demandadas en el juicio sobre resolución de un contrato se habían perjurado a sabiendas.

«Se observa: La Corte tiene resuelto, en repetidos fallos, que al Tribunal sentenciador corresponde exclusivamente calificar con su propio criterio las circunstancias que puedan determinar la aplicación del artículo 454 del Código Judicial, y que la Corte sólo puede variar esa determinación cuando el Tribunal ha incurrido en error de hecho evidente en la apreciación de los hechos que se aducen como constitutivos del perjurio civilmente punible.» (1) (Casación XXXIX, número 1883, febrero 15 de 1932).....

475, 2ª

— 193—El demandado en un juicio de reivindicación en que se le condenó al tenor de la demanda, alegó en el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal que éste había violado el artículo 454 del antiguo Código Judicial por no haber apreciado legalmente las pruebas sobre perjurio que le imputaba al demandante al absolver unas posiciones.

«Sin entrar a considerar el mérito que puedan tener estos argumentos, se observa que es doctrina constante de esta Superioridad que 'es al Tribunal y no a la Corte de Casación a quien corresponde apreciar si una de las partes se ha perjurado, y si es, por consiguiente, aplicable la sanción que establece el artículo 454 del Código Judicial.'» (2) (Casación de 16 de noviembre de 1895, de 27 de febrero de 1906). (1) (Casación, XXXIX, número 1880, julio 18 de 1931).....

191, 1ª

— 194 —Se alegaba en casación que el Tribunal cuya sentencia se atacaba no había aplicado la sanción del artículo 454 del antiguo Código Judicial, por haberse perjurado la parte demandada al absolver posiciones.

«Respecto de la sanción del artículo 454, téngase presente que si el Tribunal nada dijo acerca de ella, fue sin duda porque no la halló justifica-

(1) Concordancias: número 2994, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte,» 1834, 1835, 1837, tomo 2º, 2940, 2941, 2945, 2947, tomo 3º

(2) Concordancia: «Gaceta Judicial,» tomo X, 339, 1ª

Págs.

da; y ha resuelto la jurisprudencia de la Corte que el sentenciador es soberano en la apreciación de los elementos que hayan de servir para la aplicación de la pena de que se trata, a no ser que se le convenza de un evidente error de hecho, lo cual no sucede aquí.» (1) (Casación, xxxix, número 1884, abril 2 de 1932).....

571, 2ª

PERSONERIA SUSTANTIVA DE LA MUJER PARA DEMANDAR EN PROVECHO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA LA NULIDAD POR CAUSA DE SIMULACIÓN DE UN CONTRATO CELEBRADO POR EL MARIDO. 195—(Véase la doctrina titulada: *Nulidad por causa de simulación*.)

PODER. 196—Se alegó en un recurso de casación que el demandante en un juicio divisorio en que hubo oposición había sustituido el poder sin que previamente hubiese sido reconocido como apoderado, y que habiendo admitido el Tribunal sentenciador esa sustitución en tal forma, había violado ley sustantiva «porque la sustitución de un poder es acto de apoderado.»

«Basta anotar que al fundar toda su argumentación (el recurrente) en que Heriberto Gómez 'mal pudo sustituir legal y eficazmente el poder' que le confirió Antonio García, porque hizo esa sustitución sin haber sido admitido como tal, se olvidó de que el artículo 340 del Código Judicial (2) establece que 'para sustituir un poder cuando para ello se ha conferido facultad expresa, no es necesario que el apoderado haya aceptado ni ejercido el poder,' artículo del Código reformado por la Ley 53 de 1882 (artículo 334), en el sentido de que 'el apoderado puede sustituir el poder, aunque en éste no se le haya conferido facultad especial para ello.» (Casación, xxxix, número 1879, mayo 30 de 1931)

74, 1ª

POLICÍA MUNICIPAL. 197—El Municipio de Belén demandó al Departamento de Caldas para que se le obligase a pagarle determinada suma de dinero que aquél erogó de su Tesoro en cumplimiento de varias ordenanzas que fueron anuladas por el Consejo de Estado. La causa de esa demanda fue el haber dispuesto las varias ordenanzas citadas que las Policías departamentales y municipales estuviesen organizadas en una sola institución y bajo un mando único, y que el Municipio había de costear un número igual de Agentes de tercera clase a los costeados por el Departamento, y pagar el sostenimiento del cuartel para la policía así organizada, y de oficinas para los jefes, con excepción de aquellos lugares donde el Departamento tenía locales capaces destinados a cárceles, en los cuales podría instalarse la Policía; igualmente el Municipio debía sufragar los gastos de materiales para la Policía, como útiles, alumbrado, muebles, etc., etc. Absuel-

Págs.

to el Departamento por el Tribunal de Manizales, la Corte confirmó la sentencia y para ello reprodujo los términos de una sentencia suya anterior, a la cual pertenecen los siguientes pasos:

«De acuerdo con el numeral 5.º del artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, corresponde a los Concejos Municipales arreglar la Policía Municipal en sus diferentes ramos, sin contravenir a las leyes y ordenanzas ni a los decretos del Gobernador o del Prefecto respectivo. Y como de conformidad con el artículo 62 del Acto legislativo número 3 de 1910, es de incumbencia de los Concejos Municipales votar las contribuciones y gastos locales, síguese que a las corporaciones distritales les corresponde asignar en el respectivo presupuesto lo necesario para el sostenimiento de la Policía municipal. En síntesis, deben los Municipios sufragar con sus propios recursos los gastos que demanda el servicio de Policía local. Sentado esto debe observarse que el hecho de que la Ordenanza número 13 de 1920 hubiera organizado la Policía departamental y la municipal bajo un mando único y bajo la dirección suprema del Gobernador del Departamento, no eximió al Municipio del Santuario ni a los demás Municipios del Departamento de Caldas, de la obligación legal que tenían de costear su propia Policía; y por tanto, del hecho de aparecer comprobado que el indicado Municipio sufragó una parte de los gastos que ocasionó la Policía que prestó en él sus servicios, no puede deducirse que hubiera habido pago de lo no debido, tanto más cuanto que aparece acreditado que el Departamento contribuyó con una suma mayor todavía al sostenimiento de la Policía que prestó sus servicios en el Municipio tantas veces nombrado. Mal puede reputarse que un gasto o pago es indebido desde el momento en que tal gasto viene a quedar representado para quien lo hace por un beneficio directo como lo es la presunción de un servicio cuyo costo le corresponde según la ley. Es indudable que sin la Policía organizada por el Departamento con la colaboración de los Municipios, éstos hubieran tenido que organizar y costear su propia Policía. De donde se sigue que el dinero invertido por aquéllos quedó representado en un servicio que de otro modo habrían tenido que costear indefectiblemente.» (Sentencia, Sala de Negocios Generales, xxxix, número 1879, mayo 20 de 1931).....

96, 1ª y 2ª

POSEEDOR DE BUENA FE. 198—Una señora que había sido declarada heredera y a quien en virtud de la sentencia aprobatoria de la partición en el juicio de sucesión de la *de cujus* se le habían entregado los bienes de ésta, teniendo, por

(1) Concordancias: 2994, 2996, tomo 1º «Jurisprudencia de la Corte,» 1834, 1835, 1837, tomo 2º, 2940, 2945, tomo 3.º

(2) Artículo 261 y siguientes del nuevo Código Judicial.

Págs.

consiguiente, justo título y buena fe, fue demandada en juicio de petición de herencia que ganó el actor. Se acusó la sentencia por violación de los artículos 766, 769 y 964 del Código Civil, en cuanto el Tribunal acogió la sentencia del Juez que condenó a la restitución de frutos a la demandada desde que entró a poseer los bienes, como si fuese poseedora de mala fe.

«A la restitución de los frutos y al abono de las mejoras, con arreglo al artículo 1323 del Código Civil, se aplicarán las reglas dadas para la acción reivindicatoria. El poseedor de buena fe no es obligado a restituir los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda, y hay que reconocerle buena fe a la señora Lorenza Vázquez, porque aquélla se presume, según el artículo 769, y porque la sentencia aprobatoria de la partición le sirve de justo título, al tenor de la parte final del artículo 766. No existe en Colombia el decreto de posesión efectiva (1), pero lo reemplaza, según jurisprudencia de la Corte, la sentencia de que se trata. Ahora bien: como el Tribunal, al confirmar la sentencia del Juez, no fijó la época desde la cual se entiende la obligación de restituir los frutos, y la condenación del Juez abarca, por su generalidad, los frutos percibidos desde que la señora Vázquez entró en posesión de los bienes, es innegable que el sentenciador incurrió en las infracciones legales que se le atribuyen. Por tanto, la sentencia en esta parte será casada y para resolver en instancia bastará reducir la condenación en frutos, de la manera que acaba de indicarse.» (Casación, xxxix, número 1880, junio 22 de 1931).....

135, 1ª

POSESION. 199—En el juicio de reivindicación promovido contra Florentino Córdoba para la Comunidad de los Alvarez, opuso el demandado la excepción perentoria de prescripción extraordinaria, que hizo valer uniendo su posesión a la de sus causantes. El Tribunal de Medellín revocó la sentencia de primera instancia reconociendo el hecho de la prescripción extraordinaria, aunque admitiendo como prueba de la filiación del demandado con relación a sus padres, unas declaraciones de testigos sin que antes se hubiese recurrido a la prueba principal de las actas de estado civil, por lo cual fue casada la sentencia. En relación con el punto de la unión de posesión actual a la anterior para la prescripción, dijo la Corte:

«En la prescripción extraordinaria el prescribiente puede unir a su posesión la de sus antecesores, según el artículo 2521 del Código Civil; pero entonces ha de probar que en realidad es sucesor de las personas a quienes señala como antecesores, es decir, debe acreditar la manera como pasó a él la posesión anterior, para

(1) Hoy existe la institución de posesión efectiva de la herencia, en virtud de los artículos 950 y siguientes del nuevo Código Judicial.

Págs.

que de esta suerte quede establecida la serie o cadena de posesiones, hasta cumplir los treinta años. Y generalizando, se puede afirmar que el prescribiente que junta a su posesión la de los antecesores, ha de demostrar la serie de tales posesiones, mediante la prueba de los respectivos traspaños, pues de lo contrario, quedarían sueltos o desvinculados los varios lapsos de posesión material.» (Casación, xxxix, número 1879, abril 30 de 1931)

20, 2ª y
21, 1ª

PRESCRIPCION. 200—En un juicio ordinario sobre oposición a un deslinde en el cual se había opuesto la excepción de prescripción adquisitiva de dominio, alegaba el recurrente dos aspectos con relación a la prescripción alegada: que perdido el dominio de la zona que el demandante procuraba recuperar con el alindamiento, la acción de deslinde, que es inherente a ese derecho, quedaba extinguido; y que adquirido por el trascurso del tiempo el derecho a un linde determinado, y consentido por el colindante, la acción de deslinde quedaba extinguida, en virtud del principio establecido en el artículo 2538 del Código Civil, de que toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho.

«Cuanto a la primera de estas cuestiones, es doctrina establecida por la Corte en jurisprudencia constante, que 'en el juicio de deslinde, aunque se convierta en ordinario por la oposición, no se ventila el dominio de la zona en litigio. Por tanto, la excepción de prescripción adquisitiva de dominio no es alegable en la oposición; no constituye una pretensión legítima y el no resolverse acerca de ella no hace incongruente el fallo. (Casación, 30 de agosto de 1919).' El recurrente se limita a exponer una doctrina opuesta a esta doctrina, sin aducir razones de fondo que puedan desvirtuarla. Y como doctrina complementaria de la anterior, la Corte ha sentado también que 'en juicio de deslinde no puede declararse o reconocerse una prescripción que permita alterar la línea divisoria de los predios.' (Casación, ibídem).» Casación, xxxix, número 1883, febrero 23 de 1932) (1).....

488, 1ª

PRESCRIPCION DE LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR EN EL TRANSPORTE DE MERCADERÍAS. 201—Se halló probada la excepción de prescripción de la responsabilidad del porteador en el transporte de unas mercaderías.

«Síguese de aquí que los materiales de que se viene haciendo mención debieron ser transportados de Cartagena a Bogotá, por la sociedad Pineda López & Compañía, en el término máximo de un año, a contar del dos de junio de mil novecientos veintinueve, en que quedó consumada la entre-

(1) Las doctrinas relatadas están expuestas en la sentencia de casación del 17 de noviembre de 1930, que la Corte reproduce en su fallo.

Págs.

ga de dichos materiales. Lo que equi vale a decir que el dos de junio de mil novecientos veintidós empezó a correr el término de prescripción de la responsabilidad del porteador, por cuanto en esa fecha venció el plazo máximo de que, conforme al artículo 291 del Código de Comercio, disponían Pineda López & Compañía para verificar el transporte de las mercaderías. Y como ya se vio que el término de la prescripción es de un año, con arreglo al artículo 313 del Código citado, hay que concluir que ésta quedó consumada el dos de junio de mil novecientos veintidós, fecha en la cual no se había notificado aún la demanda a los demandados, puesto que tal diligencia se llevó a cabo en los días treinta de septiembre y ocho de octubre de mil novecientos veinticuatro, esto es, más de dos años después de cumplida la prescripción» (Sentencia, Sala de Negocios Generales, xxxix, número 1882, agosto 29 de 1931).

417, 1ª

PRESCRIPCIÓN ORDINARIA ALEGADA Y BASADA EN UNOS TÍTULOS TACHADOS DE NULOS. 202—

No puede reconocerse.

Contra la sentencia que declaró nulos unos títulos y que decretó la reivindicación de los bienes por ellos entregados recurrió en demanda de casación el demandado alegando que si el Tribunal, con respecto a la excepción de prescripción alegada, hubiera considerado y apreciado tales documentos, habría visto que la prescripción se habría consumado por el transcurso del tiempo, y de conformidad con los artículos 2518 y 2529 del Código Civil; pero no lo hizo, e incurrió en error de hecho evidente, por mala o ninguna apreciación de las escrituras citadas, y en la violación de los artículos mencionados del Código Civil, por no haberlos aplicado al caso del pleito.

«Observa la Corte que se ha alegado la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, la cual requiere, conforme al artículo 2525 del Código Civil, posesión regular no interrumpida durante el tiempo que las leyes exigen, y tal posesión, según el artículo 764 de allí, es la que procede de justo título y buena fe. Ahora bien: estando los títulos en tela de juicio y acusados de invalidez, contra la acusación no puede oponerse el aserto de que el título es justo, y no lo es el que aduce de nulidad, según el artículo 766 del Código Civil, numeral 5.º, para fundar la defensa de la prescripción. Habiendo el Tribunal declarado la nulidad de dichos títulos en la parte que favoreció a la demandante, no podía, sin contradecirse, reconocer una prescripción que se basa precisamente en la validez de los títulos.» (Casación, xxxix, número 1883, diciembre 17 de 1931).

436, 2ª

Págs.

PRESCRIPCIÓN EN CUANTO A UNAS FINCAS RAÍCES VENDIDAS COMO PROPIAS Y SOBRE LAS CUALES ESTABA CONSTITUIDA UNA PROPIEDAD FIDUCIARIA. 203— María de Jesús Galvis de Puertas legó los usufructos de unas casas a Ambrosio Tirano, su sirviente, y en la misma cláusula testamentaria dispuso: «Es mi voluntad que después de la muerte de Ambrosio Tirano pase la propiedad y dominio de las referidas fincas a los descendientes de él, si los tuviere; en caso de no haberlos, al Hospital de Caridad de esta ciudad.» El año de 1904 vendió las fincas Tirano a Manuel Ruiz Laverde, sin tener en cuenta que en ellas no tenía sino un derecho sobre los usufructos, manifestando en la escritura de venta que esas fincas las hubo por donación que le hizo la señora Galvis de Puertas. Ruiz Laverde murió, y seguido el juicio de su sucesión se les adjudicaron las fincas compradas por él a su viuda María Escobar de Ruiz, después de Angulo, y a sus hijas María Teresa Ruiz, de Pardo y María Elvira Ruiz. Muerto Tirano el Hospital de San Juan de Dios de esta ciudad demandó en juicio petitorio de dominio y de reivindicación a las personas antes nombradas, las cuales alegaron la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio. El Juez negó las acciones propuestas y reconoció el hecho de la prescripción a favor de los demandados. El Tribunal revocó la sentencia en el fondo manifestando que como se trataba de una propiedad fiduciaria, no podía alegarse prescripción. En casación contra la sentencia del Tribunal alegaron los demandados la violación de los artículos 810, 820, 1871, 2512, 2518, 2526, y 2529 del Código Civil. Empieza la Corte por referirse a la cláusula antes copiada, y dice lo siguiente:

«Esta cláusula entraña una asignación desde día cierto pero indeterminado, que es condicional. Trátase, pues, de un fideicomiso: muerta la testadora, entraron las fincas al poder de Ambrosio Tirano, con el gravamen de que, al morir éste, pasarían ellas en pleno dominio a los descendientes del mismo Tirano, o al Hospital de Caridad, si no existieren tales descendientes el día de la muerte del fiduciario. En tales circunstancias, Ambrosio Tirano vendió a Manuel Ruiz Laverde, como de su propiedad, las fincas que sólo tenía en usufructo. No fue, pues, objeto de ese contrato la propiedad fiduciaria, sino— como bien lo observa el apoderado de la parte demandada—el dominio pleno de las referidas fincas, las que el vendedor declaró, según lo reza la correspondiente escritura pública: 'libres de todo gravamen, censo, hipoteca y pleito pendiente.' Del texto de esa escritura (la otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá bajo el número 360, de veintiuno de mayo de mil novecientos cuatro), resulta claramente que Tirano no obró en ese acto en su condición de mero usufructuario, ni en concepto de propietario fiduciario, sino atribuyéndose el goce de la propiedad plena de las fincas vendidas; su caso es, pues, indudablemente, el de un tercero que vende

Págs.

cosa ajena, en el cual es improcedente toda consideración, en el concepto en que están informadas las disposiciones de los artículos 1677, ordinal 8º; 810 y 816 del Código Civil, porque lo preceptuado en la primera de ellas es que no es cesible por el propietario fiduciario, ni es embargable a éste en su condición de tal, la propiedad de los objetos que posee fiduciariamente; y ya se ha dicho que aquí no se trata de enajenación de propiedad fiduciaria; y porque lo mismo puede observarse de las otras dos disposiciones aquí citadas que, sobre este punto, sirven de fundamento a la sentencia recurrida. Esto en lo referente al enajenante. Ahora: en lo referente a la cosa enajenada, conceptúa el Tribunal que 'la propiedad fiduciaria no está dentro del comercio libre, mientras no llega el momento de la restitución'; pero en oposición a este concepto, declara el artículo 810 del Código Civil que 'la propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte.' Sólo que, en uno y otro caso, dicha propiedad queda siempre sujeta al gravamen de restitución, bajo las mismas condiciones que antes. Pero para el caso que se examina, basta tener en cuenta que—como viene dicho—la operación realizada por Tirano y Ruiz Laverde por medio de la precitada escritura número 360 no versó sobre propiedad fiduciaria, y es, por tanto, improcedente toda consideración relativa a esa materia. El artículo 791 del mismo Código contempla el caso de que el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro la usurpa, y dándose por dueño de ella la enajena en su propio nombre, y allí se resuelve que, en tal caso, la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa. Ruiz Laverde adquirió las fincas materia de esta litis de una persona que las enajenó, dándose por dueño y señor de ellas, sin serlo, luego el caso cae bajo el dominio del artículo 1871 de la obra que viene citada. 'Para ganar la prescripción ordinaria — dispone el artículo 2528 del Código Civil — se necesita posesión regular no interrumpida durante el tiempo que las leyes requieren,' el que, tratándose de bienes raíces, es de diez años, contados desde la inscripción del título que le sirve de fundamento; ahora el fideicomisario, desde el momento en que adquiere validez la institución, y mientras pende la condición a que está sujeta la restitución, tiene una expectativa de adquirir el fideicomiso, y la ley le confiere (artículo 820 del Código Civil) el derecho de 'impetrar las providencias conservativas que le convengan, si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en

manos del fiduciario'; y está generalmente admitido por la doctrina y la jurisprudencia, que en ese derecho o facultad que la ley concede al fideicomisario, a los ascendientes legítimos del que todavía no existe y cuya existencia se espera, y a los poseedores o representantes de las corporaciones y fundaciones interesadas, está comprendida la de interrumpir la prescripción que pueda correr contra la persona o entidad instituida, no precisamente por medio de acción posesoria, de que carece, por no ser titular de un derecho real, sino provocando judicial o extrajudicialmente el reconocimiento por parte del poseedor, del derecho del fideicomisario o propietario instituido bajo condición suspensiva. Pero si esta persona o su representante permanece inactiva, y el adquirente posee la cosa con título inscrito, quieta y pacíficamente, sin interrupción natural ni civil durante diez años, la adquiere, legalmente, a título de prescripción. Esta solución, que no puede tacharse de injusta con relación al fideicomisario que no hizo uso de los remedios que la ley pone en sus manos para interrumpir la prescripción, es la que mejor consulta el interés social que sufriría graves quebrantos por la indefinida prolongación del término necesario para sanear, por medio de la prescripción adquisitiva, la propiedad de las cosas que públicamente, y sin ninguna interrupción, se poseen quieta y pacíficamente. El despropósito de la tesis contraria salta a la vista, si se considera el caso con relación a un fideicomiso, en que la condición para la restitución, consistente en la muerte del fiduciario, no viniera a cumplirse sino cuarenta o más años después de la adquisición y subsiguiente posesión de las fincas en las circunstancias aquí consideradas; todas las operaciones que durante ese tiempo se hubieren hecho sobre esa finca vendrían a ser nulas.»

(1). (Casación, xxxix, número 1879, abril 25 de 1931)

Págs.

17, 1ª
y 2ª, y
18, 1ª

PRESCRIPCIÓN PENAL. 205.—El Tribunal de Pasto sobreseyó en favor de un Juez de Circuito que había sido sumariado por el delito de abuso de autoridad en que incurrió al adoptar como

(1) En este pleito impugnó el actor la alegación de prescripción de los demandados, pues dijo que Ruiz Laverde había sabido que Tirano no tenía el derecho que enajenó, como que en la escritura de venta se citó el título por el cual había adquirido lo que realmente tenía, que era el usufructo de los bienes inmuebles. La Corte dice que Ruiz Laverde se atuvo al dicho del vendedor de que éste hubo las fincas vendidas por donación hecha a su favor, que sí es título traslativo de dominio. Pudo haber en eso inexplicable negligencia del comprador, que se atuvo al dicho del vendedor, corriendo las consecuencias de su abandono, pero de ello no puede deducirse mala fe de su parte. Esta doctrina de la Corte ha sido impugnada como contraria al carácter e institución del registro de los bienes raíces y de la Oficina destinada a dar a conocer a todos el estado de la propiedad raíz.

Págs.

medio de investigación el suministro de un brebaje a uno de los presos, con el fin de dormirle y obtener de él revelaciones sobre la ejecución de un homicidio, y se basó para el sobreseimiento en la prescripción que contemplan los artículos 95 del Código Penal y 4.º de la Ley 5.ª de 1931. No apeló el Fiscal el auto de sobreseimiento.

«La Corte no comparte las anteriores conclusiones, porque el mencionado artículo 4º de la Ley 5.ª del presente año, sólo concede un beneficio extraordinario de la rebaja de la tercera parte del tiempo necesario de prescripción para los delitos comunes, y el abuso de autoridad, sobre todo en el presente caso, no pertenece a esa categoría, pues corresponde a los que cometen los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o con relación a ellas, de que tratan los Títulos 9º y 10 del Libro 2º del Código Penal, los cuales dan lugar a juicios de responsabilidad, que el Código Judicial define en su artículo 1819, muy distintos, por lo tanto, de los delitos comunes. Seguramente el legislador, al no extender la rebaja del tiempo de prescripción a esta clase de infracciones que dan lugar a juicios de responsabilidad, tuvo en cuenta de un lado las sanciones relativamente de poca gravedad que a ellas impone el Código Penal, y de otro, que la mayor parte de ellas tienen un término corto para su prescripción, el de cuatro años, que fijan los artículos 95 y 97 del citado Código. Mas como el Fiscal no apeló, la Corte carece de jurisdicción para revisar el sobreseimiento proferido por el abuso de autoridad que se viene examinando.» (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, xxxix, número 1879, noviembre 11 de 1931).....

79, 2ª,
80, 1ª

PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO. 206—En juicio seguido por la sociedad Franco Hermanos & Compañía contra Emilio Mejía E., sobre entrega de unas pieles y sobre indemnización de perjuicios por la falta de entrega en la forma convenida, alegaba el actor recurrente en casación que el Tribunal había violado el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, en cuanto ese artículo exceptúa de las disposiciones referentes a la exclusión de la prueba testimonial los casos en que haya un principio de prueba por escrito, pues admitiendo que había una carta del demandado sobre la entrega de pieles desestimó las declaraciones de testigos que demostraban que se había obligado a entregarlas de primera calidad.

«Se considera: Conforme al artículo 93 de la Ley 153, que el recurrente estima violado, es admisible la prueba testimonial para comprobar la obligación de entregar cosa cuyo valor pase de quinientos pesos, cuando haya un principio de prueba por escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso. ¿Qué ha de contener tal es-

Págs.

crito? Conforme a la disposición anterior, para que sea admisible la prueba testimonial, cuando se demanda la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos, que no se haya hecho constar por escrito, es de rigor que aparezca un escrito, que puede ser hasta una carta misiva de la parte a quien se opone o de su representante que haga verosímil el hecho u obligación que se trata de establecer; pero la disposición no exige que en el escrito se mencione precisamente el hecho litigioso, porque si así fuera, podría haber desde luego la prueba del hecho mismo. Debe, sí, tener el hecho que se menciona en el escrito, relación estrecha con el que se investiga, en términos que racionalmente permita deducirlo, o complementar su existencia con la prueba testimonial o con presunciones. Así lo da a entender claramente el ejemplo que cita la misma disposición y traen los expositores. Pothier cita otros ejemplos, entre los cuales figura el de un préstamo en que se ha expresado la cantidad debida, pero en que no se indica la clase de moneda, y concluye dicho autor que es inadmisibile la prueba testimonial para comprobar la clase de moneda, francos, dólares, etc. (*Obras de Pothier*, tomo II, página 430 y siguientes). En el caso de que se trata, el demandado Mejía E. confesó en posiciones, y en la carta de diez y nueve de noviembre de mil novecientos veinticuatro, dirigida a los demandantes, la obligación de entregarles treinta mil libras de pieles de res por el precio de cuatro mil seiscientos cincuenta pesos (\$4.650), en cumplimiento del contrato celebrado por los mismos demandantes con Francisco Luis Osorio, recomendado del demandado, pero Mejía negó haber quedado obligado a entregar esas pieles de primera calidad. El hecho litigioso es, pues, únicamente el relativo a la calidad de las pieles, a la modalidad de esta obligación. El Tribunal, en el aparte que anota el recurrente, dice que no puede reconocerse que Mejía quedara obligado a entregar pieles de primera calidad, o mejor dicho, que como en esas pruebas no se menciona tal hecho litigioso, no podía complementarse con los testimonios que los demandantes han aducido para establecer la calidad de las pieles. La Corte encuentra fundado el cargo de error de derecho de parte del Tribunal, en la interpretación del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, al exigir que en el escrito que se aduce como principio de prueba por escrito se mencione precisamente el hecho litigioso, y que

Págs.

en el caso no puede tomarse como principio de prueba por escrito la carta y las posiciones que absolvió el demandado, porque estando allí reconocida la obligación de entregar las pieles por parte de Mejía, sólo quedaba por establecer la calidad de éstas, y si se aceptara la tesis rígida del Tribunal, de que es preciso que en el escrito se mencione el hecho litigioso, no sólo se iría contra la disposición legal citada, que no contiene tal exigencia, y contra la doctrina de los expositores y la jurisprudencia, donde se ha interpretado disposición igual a la de que se trata, sino que se restringiría casi por completo la admisibilidad de la prueba testimonial. Ahora: los testigos Juan Pablo Echeverri y Florencio Mejía, acordes en circunstancias de tiempo y lugar, declaran que, por haberlo presenciado, les consta que Francisco Luis Osorio, como recomendado de Emilio Mejía E. se comprometió con la Casa de Franco Hermanos & Compañía, de Palmira, a entregarles treinta mil libras de pieles de res, de primera calidad por el precio total de cuatro mil seiscientos cincuenta pesos (\$ 4.650). Además, es un hecho aceptado por el demandado que él recibió el precio de las pieles, a razón de quince centavos y medio la libra, precio que, conforme a lo declarado por los testigos Mamerto Artunduaga y Bernardo Botero, era el que correspondía, en lugar y tiempo del contrato, a pieles de la mejor calidad. Por consiguiente, al no admitir el Tribunal toda esa prueba para completar la obligación reconocida por el demandado Mejía de entregar aquellas treinta mil libras de pieles, violó la disposición del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, y por ello debe casarse la sentencia, sin necesidad de examinar los demás cargos.» (Casación, xxxix, número 1884, abril 29 de 1932).

612, 2ª y
613, 1ª

PRUEBA. 207—Alegaba el recurrente en un juicio sobre nulidad de un contrato que el Tribunal no había considerado como prueba de él la escritura presentada por faltarle la nota de registro, y decía: «Según el artículo 2673 del Código Civil, ningún título sujeto a inscripción hace fe en juicio, si no ha sido inscrito en la respectiva oficina o en las respectivas oficinas. ¿Significa este artículo que una copia de escritura pública, sin nota de registro, omisión que sólo puede ser en la copia, en tratándose de un contrato solemne y cuya solemnidad consista en la redacción de escritura pública, no es prueba alguna, como lo entendió el Tribunal, por lo tocante con la acción de nulidad del convenio sobre la línea divisoria? No es prueba de un título eficaz, calificación con la cual sobrepongo algo innecesario, porque la idea de título incluye la de eficacia; pero sí es prueba de los hechos que reza. No es prueba de un acto o contrato eficaz, en que la ley requiere esa solemnidad, por no poderse suplir el instrumento público con otra prueba, según el artículo

Págs.

1760 de dicho Código; mas este artículo agrega que vale el instrumento como privado si estuviere firmado por las partes, por manera que sí puede ser prueba, como en el caso de la copia de la escritura del convenio sobre la línea divisoria, de un convenio o contrato ineficaz..... El sentido de la palabra título, que es en aquel artículo, de entre los varios, según el Diccionario de la Lengua, el de 'demostración auténtica del derecho con que se posee una hacienda o bienes,' pone de manifiesto que la interpretación del citado artículo 2673 no es la que hace el Tribunal, sino la de que he hablado. Dicho artículo no reza que ninguna escritura pública, en copia ni otro acto sujeto a registro, hagan fe si no llevan nota de haber sido registrados, sino que ningún título la hace si no ha sido registrado.»

Dijo la Corte:

«Se observa: ya ha sido condenada por la Corte la interpretación restrictiva del artículo 2673 del Código Civil como la que, para fundamentar su acusación, trata de hacer valer el recurrente en el último párrafo del cargo que se examina: 'La palabra título, empleada en el artículo 2673 del Código Civil—ha dicho esta Superioridad—no tiene allí un sentido limitativo o restricto, sino que se aplica a todos los instrumentos, sean sentencias, escrituras, etc., sometidos a la formalidad del registro.' (Casación de 17 de febrero de 1922. *Gaceta Judicial*, xxix, 95, 3ª); y como lo establece el artículo 2659, ordinal 10, del mismo Código, 'está sujeto a registro o inscripción todo documento que se otorgue o protocolice ante Notario', con la sola excepción de los poderes especiales o generales para sólo pleitos, por especial disposición del artículo 41 de la Ley 95 de 1890. Esta sola consideración bastaría para rechazar este cargo....» (1). (Casación, xxxix, número 1883, febrero 18 de 1932).....

482, 2ª

— 208 —Los padres de un individuo que falleció trágicamente atropellado por el ferrocarril de Amagá demandaron la correspondiente indemnización de perjuicios en juicio ordinario que ganaron en ambas instancias. Contra la sentencia del Tribunal se recurrió en demanda de casación alegando que debieron probar los actores su carácter de herederos con la declaración correspondiente y que el hijo muerto no había dejado otros herederos.

«La primera de esas proposiciones, la de ser los demandantes padres legítimos del finado Jesús Antonio, la demuestran con copia del acta de su matrimonio y de la partida de bautismo de dicho finado; y en cuanto a la segunda, la de que éste no fue casado ni dejó descendencia legítima ni natural, tratándose, como se trata, de una negación de hecho indefinida, el

(1) Concordancia: número 3189, tomo 3.º, «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

artículo 543 del Código Judicial los exime del deber de probarla, y por ende, hay que tenerla por cierta, mientras no se demuestre lo contrario por quien tenga interés en ello. Y como alegara el recurrente que faltaba la plena prueba de que el hijo muerto no había dejado hijos naturales ni esposa legítima, dijo la Corte: «Este cargo queda contestado, *mutatis mutandis*, con lo dicho en el punto que precede; pues a quien promueve una acción en su carácter de heredero de una persona muerta, le basta comprobar que realmente tiene ese carácter; y 'no tiene necesidad de probar que han fallecido o no existen herederos preferentes.' Al demandado corresponde, en tal caso, probar que existe otro u otros de mejor derecho.» (Casación de 28 de abril de 1921. *Gaceta Judicial*, tomo xxvii, 327, 3ª)» (1) (Casación, xxxix, número 1881, agosto 25 de 1931).....

253, 2ª.

- 209—Se alegaba por el recurrente que el Tribunal había apreciado erróneamente las posiciones absueltas por las demandadas en un juicio sobre resolución de un contrato por la pretendida falta de pago del precio.

«En respuesta a este cargo se observa que es jurisprudencia constante de la Corte que 'en materia de pruebas es prerrogativa exclusiva del sentenciador el apreciarlas soberanamente: en ello entra como elemento supremo su propio criterio, digno de especial respeto, al aplicar la ley. Sólo en caso de error evidente podrá ser modificado el fallo y revocada aquella apreciación.' (Casación de 16 de julio de 1908, *Gaceta Judicial* xxvii, 12, 2ª; Casación de 7 de diciembre de 1909, *Gaceta Judicial*, xxv, 495, 2ª). Y como lo expuesto por el recurrente no deja establecido que es evidentemente errónea la apreciación hecha por el Tribunal de las respuestas dadas por las demandadas a las posiciones arriba transcritas, no hay lugar a casar el fallo recurrido por este motivo.» (Casación, xxxix, número 1883, febrero 15 de 1932) (2)...

474, 2ª

- 210—María de Jesús Duque demandó en juicio ordinario de reivindicación, que ganó en ambas instancias, a Roberto Duque D. Contra la sentencia del Tribunal opuso el demandado varios reparos en su demanda de casación, entre los cuales el de que habiéndose propuesto como dilatoria la excepción consistente en estar la demanda dirigida contra diversa persona de la obligada a responder y habiéndose ordenado por el Tribunal que se tuvieran como pruebas los documentos presentados por el demandado, se incurrió en el error de no haber considerado en el fallo un hecho que envolvía una ex-

cepción perentoria, como era el de que el demandado no era el poseedor sino la sucesión de Mercedes Duque.

«Un memorial de excepciones dilatorias no es una prueba en el sentido técnico del vocablo, consignado en el artículo 536 del Código Judicial, aunque sí puede haber en él una confesión, si el excepcionante reconoce la verdad de lo que la contraparte asegura con relación a su acción. Al ordenar el Tribunal que se tuviera como prueba el documento contenido de las excepciones, es decir, el memorial, no pudo convertirlo en tal, si de suyo no lo es; esto porque en el auto de sustanciación en que se admiten las pruebas, no se hace la calificación de ellas, como que semejante tarea, como es sabido, incumbe a la sentencia definitiva. En el referido memorial de excepciones dilatorias, alegó el señor apoderado del opositor la excepción de estar dirigida la demanda contra diversa persona de la obligada a responder, pues el poseedor de la casa es la sucesión de la señora Mercedes Duque, en la que no era el único heredero el demandado. Mas, como acaba de exponerse, este memorial no es propiamente una prueba; de donde se sigue que no hay error evidente en la apreciación de la confesión hecha al rendir las posiciones, en el sentido de ser Roberto Duque el poseedor único, en su propio nombre.» (Casación, xxxix, número 1879, mayo 13 de 1931).

37, 2ª, y
38, 1ª

- 211—Se alegó que el Tribunal había violado el artículo 1758 del Código Civil por haber admitido como instrumentos públicos o auténticos las certificaciones eclesiásticas, aducidas por el actor, sin tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 679 del antiguo Código Judicial que exigía que esos documentos fuesen pedidos por el mismo Juez de la causa, y que no vale sostener, como lo hizo el Tribunal, que por estar en vigencia la Ley 103 de 1923 en la época de las pruebas, ese requisito no se necesitaba, pues la misma Ley, en sus artículos 703, 704 y 705, mandaba presentarlos por medio de despachos librados a los funcionarios encargados de su custodia a quienes se hallaban encargados de ellos.

«Este reparo había sido ya formulado en el alegato de instancia, y el Tribunal contestó que, por estar rigiendo a la sazón la Ley 103 de 1923, era admisible la manera como se presentaron los certificados. Y en efecto, el artículo 703 de dicha Ley era facultativo, es decir, autorizaba a las partes para pedirle al Juez que librara despachos con el fin de conseguir los instrumentos públicos que ellas no hubieran presentado o podido presentar con la demanda o su contestación; mas no establecía la prohibición, como lo hace el artículo 679 del Código de

(1) Concuerda con la primera parte de esta doctrina la «Jurisprudencia de Latorre», número 214.

(2) Concordancia: número 554, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte», 263, 136, tomo 2º

Págs.

ahora (1), de aducir directamente tales documentos en el término probatorio. El artículo 722 de la mencionada Ley 103 estatúa que los instrumentos públicos y privados podían ser presentados en el término de pruebas, sin exigir que ello se hiciera por conducto de despacho librado por el Juez; de donde se sigue que los artículos 703 y 704 no excluían la presentación directa de los documentos. Por tanto, no procede el cargo.» (Casación, xxxix, número 1880, junio 22 de 1931) 133, 2ª

PRUEBA DE LA DILIGENCIA O CUIDADO. 212—En el juicio que instauró Francisco García contra la Compañía de Energía Eléctrica de Honda y en que fue condenada la Compañía al pago de los perjuicios que sufrió el actor a consecuencia de una descarga eléctrica, alegó en casación la parte demandada que se había aplicado erróneamente el artículo 1604 del Código Civil, que trata de la culpa contractual, y que por eso no estaba la Compañía obligada a probar la diligencia o cuidado.

«En relación con el punto cuarto, se observa que la Corte, con argumentos incontrovertibles, ha establecido la doctrina de que incumbe la prueba de la diligencia o cuidado al que ha debido emplearlo. 'La prueba de la diligencia o cuidado incumbe en todo caso al que ha debido emplearlo, ya se trate de culpa contractual, ya de culpa aquiliana o extracontractual. El artículo 1604, inciso 3.º, del Código Civil, que tal regla establece, pertenece al Título 12 del Libro 4.º de este Código, que trata del efecto de las obligaciones, e incluye en éstas las que provienen de un hecho que ha inferido injuria o daño a un tercero, de conformidad con el artículo 1494 del mismo Código, que determina la fuente de las obligaciones.' (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo III, número 1027). 'Tratándose de culpa no contractual o culpa aquiliana, a que se refieren los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, es aplicable, a fortiori, lo que para la prueba de la diligencia o cuidado estatuye el artículo 1604 del citado Código respecto de la culpa contractual.' (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo II, número 616).» (Casación, xxxix, número 1883, febrero 2 de 1932).... 459, 2ª

PRUEBA DEL ESTADO CIVIL. 213—(Véase *Estado Civil*).

— 214—En un juicio sobre petición de herencia propuesto por Manuel Morales contra Lorenza Vásquez, una de las peticiones de la demandada era la tendiente a que se declarase que la demandada no era heredera de la *de cujus*. Como hubiese sido declarada heredera en un juicio sumario, pretendió el actor dos cosas: que la carga de la prueba en cuanto al no haberse sucedido un hecho positivo correspondía al actor y que la declaración de he-

Págs.

redera a favor de la demandada constituía para ella un *statu quo* que incumbía infirmar al adversario. Se dedujo de todo esto que el Tribunal había violado los artículos 542 y 543 del antiguo Código Judicial.

«Se considera: El demandante negó en el libelo que Francisca Valdés, de quien Lorenza Vásquez afirma ser hija legítima, hubiera tenido el parentesco de hermana natural de Petrona Morales y que dicha señora Vásquez esté en posesión del estado civil de sobrina natural de la finada Morales, que la habilita para heredar a ésta, en representación de la Valdés. Estima la Corte que era a la demandada a quien tocaba probar el parentesco con la causante Petrona Morales, de quien se pretende heredera y cuyos bienes percibió a título de tál. Esto, porque en el presente juicio ordinario sobre petición de herencia, la declaración sumaria de heredera que se hizo a su favor no produce un *statu quo* que la ampare, y así, su situación de detentadora de aquellos bienes carece en realidad de prueba. Ha dicho esta Corte: 'En un juicio ordinario de petición de herencia no debe apreciarse como prueba del parentesco que debe establecerse la sentencia dictada en un juicio sumario de declaratoria de herederos, la cual, aunque ejecutoriada, no funda la excepción de cosa juzgada. Con tanto mayor razón si se tiene en cuenta que en el juicio sobre petición de herencia lo que se disputa es el título que a heredar se tenga háyase o no declarado la existencia de ese título en el demandado. El juicio ordinario en que se intenta la acción de petición de herencia con exclusión del que ya tiene sentencia obtenida sumariamente, va encaminado directamente a invalidar esa sentencia. De manera que si ésta fuese plena prueba se incurriría en petición de principio.' (Número 3289 del tomo 1º de la *Jurisprudencia de la Corte Suprema*).» (Casación, xxxix, número 1880, junio 22 de 1931)..... 134, 1ª y 134, 2ª

PRUEBA INDICIARIA. 215—Se atacó en casación la manera como un Tribunal creyó encontrar una prueba establecida de indicios en contra del actor, pues estimó que la omisión de éste en ejercitar la acción sumaria de restitución del automóvil que había sido depositado en el juicio ejecutivo en que lo embargó el ejecutante Mor, a quien demandó en el juicio ordinario para pago de los perjuicios por ese embargo, comprobaba que el perjuicio demandado provenía más de negligencia del dueño que de los actos de denuncia, embargo y depósito obtenidos por Mor, demandado por Delfin Mendoza.

«Ciertos o no estos indicios, era el caso de que el recurrente los hubiera atacado en este recurso amoldándose

(1) Artículo 636 del Código Judicial actual.

Págs.

a las normas de casación amplia y repetidamente establecidas en la jurisprudencia de la Corte, y que pueden resumirse así: 'El recurrente en casación puede atacar la prueba de indicios en que se apoyó el Tribunal sentenciador, demostrando que tales indicios no están probados, o que las pruebas demostrativas del indicio han sido apreciadas por el sentenciador con error evidente de hecho.' (Casación, xxxix, número 1879, mayo 26 de 1931) (1).....

44, 2ª

PRUEBA PERICIAL PARA APRECIAR EL MONTO DE UNA INDEMNIZACIÓN PECUNIARIA. 216 — En un juicio ordinario sobre pago de una suma de dinero, y en el cual el Tribunal había condenado a una Compañía de Energía Eléctrica al pago de la indemnización demandada por causa de la electrocución de un individuo, alegaba el recurrente en casación que el Tribunal había violado el artículo 651 del antiguo Código Judicial, que prescribía que en toda causa cuyo esclarecimiento dependa de los principios de alguna ciencia o arte, o en que haya que hacer apreciaciones o avalúos, se nombrarán peritos, pues en vez de ceñirse a ese artículo legal admitió unas declaraciones de testigos para comprobar el monto de la indemnización correspondiente.

«El Tribunal mal ha podido darle aplicación al artículo 651 (2), porque el nombramiento de peritos deben hacerlo las partes cuando esa solicitud la hacen dentro del término probatorio, y como una probanza traída a los autos. No podía el sentenciador por sí y ante sí nombrar peritos para que hicieran ese avalúo sin que lo hubieran solicitado las partes, a menos que el Tribunal hubiera estado en el caso de dictar auto para mejor proveer, cosa que no ha sucedido en el presente litigio, lo que está indicando que el Tribunal no podía por el momento aplicar dicho artículo. Ahora, si el cargo quiere decir que el Tribunal no ha debido apreciar la prueba testimonial para fijar el monto de la indemnización, tocábale al recurrente citar como violada la disposición que le prohiba al sentenciador basarse en la prueba testimonial para hacer el justiprecio de perjuicios, es decir, demostrar que la única prueba reconocida por la ley para hacer apreciaciones o avalúos, es la de peritos. No está por demás llamar la atención del recurrente acerca de las sentencias de la Corte de diez y ocho de febrero de mil ochocientos noventa y tres, *Gaceta Judicial* número 383, tomo VIII, y diez de octubre de mil novecientos veintitrés, *Gaceta Judicial* números 1584-5, tomo XXX, en las cuales ha sentado la doctrina de que las disposiciones del artículo 651

no son propiamente de prueba sino de mero procedimiento, cuyo quebrantamiento no puede dar lugar a la primera causal de casación, y que la prueba pericial no es la única en tratándose de justiprecios o avalúos.» (Casación, xxxix, número 1884, marzo 17 de 1932).....

556, 2ª

PRUEBA TESTIMONIAL. 217—El sentenciador es soberano al apreciar la prueba testimonial cuando se trata de darle preferencia a unos testimonios sobre otros, y para desvirtuar ese concepto hay que demostrar error evidente en esa apreciación. (1). (Casación, xxxix, número 1883, febrero 10 de 1932)....

469, 2ª

— **TESTIMONIAL.** 218—Recurrió el marido que perdió el pleito sobre separación de bienes contra la sentencia del Tribunal, acusándola de violación directa de los artículos 606 y 607 del antiguo Código Judicial, por haber hallado probada el Tribunal la causal 5.ª del artículo 154 del Código Civil mediante declaraciones de testigos que, en opinión del recurrente, declararon sobre hechos que no fueron; ninguno de ellos, presenciados a la vez por dos de los testigos.

«.... Para el caso especial de la violación de los artículos 606 y 607 del Código Judicial, la Corte tiene establecido que 'tratándose de probar con testigos hechos repetidos o crónicos,' no es posible exigir la concurrencia de dos testigos, por lo menos, respecto de cada hecho aislado. El hecho que se trata de probar no es entonces deducido de un solo acto, sino de una serie de actos de que dan fe los testigos, concurriendo todos a demostrar el hecho principal. Los testimonios apreciados en estos casos como presunciones, según el artículo 606 del Código Judicial, se complementan unos a otros, concurriendo todos a determinar la convicción.' (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo III, número 3244).» (2). (Casación, xxxix, número 1882, diciembre 12 de 1931).....

383, 1ª

R

RECURSO DE CASACIÓN. 219—El recurrente en casación contra una sentencia de un Tribunal que falló el pleito seguido, cuando aún no estaba vigente la Ley 28 de 1932, sobre nulidad relativa de una enajenación de bienes raíces de mujer casada, excitó a la Corte para que definiese la siguiente cuestión que le propuso: «¿Por cuánto tiempo debe tenerse como hábil una licencia judicial para enajenar o hipotecar? La ley guarda silencio, y deja al intérprete el examen de la gestión sobre la base de los elementos jurídicos que entran en juego en esta función de los Jueces.»

(1) Concordancias; números 544, tomo 1.º, «*Jurisprudencia de la Corte*,» 263, 273, 275, tomo 2º

(2) El artículo 606 es el 696 del Código judicial actual, y el 607 es el 697 de este Código.

(1) Concordancia: número 2004, tomo 3º de la «*Jurisprudencia de la Corte*.»

(2) Artículo 701 del Código Judicial actual.

Págs.

Dice la Corte:

«No corresponde a la Corte hacer las declaraciones como la que de ella invoca el recurrente, excitándola a llenar un vacío que él cree hallar en la ley; los efectos que, en sus respectivos casos, haya de producir una licencia judicial para enajenar o hipotecar bienes, en cuanto a su duración o cualquier otro extremo, es una cuestión de hecho sujeta a apreciación y decisión del juzgador, en cada caso especial....» (Casación, xxxix, número 1879, mayo 8 de 1931).....

33, 1ª

- 220—En un juicio de reivindicación de unas mejoras situadas en terrenos baldíos que ganó el actor, alegó el recurrente en casación que el Tribunal no había tenido en cuenta el carácter transitorio de las mejoras en terrenos baldíos, y que ellas en todo, caso acceden al terreno y se pierden si se deja de ocupar la tierra por cuatro años; que en tales condiciones habían sido violadas las Leyes 61 de 1874 y 48 de 1882.

«No expresa el recurrente los artículos precisos de estas Leyes cuya transgresión acusa, pues para los efectos de la casación no basta citar en general un Código o una ley. Véase el número 531 del tomo 3º de la *Jurisprudencia de la Corte*.» (Casación, xxxix, número 1880, junio 24 de 1931).....

151, 1ª

RECURSO DE CASACIÓN. 221—Cuando ningún reparo concreto se le hace al fallo y no se cita ninguna disposición como violada, ni se ataca por errores de hecho o de derecho, no hay materia para que la Corte éntre a responder cosa alguna. (Casación, xxxix, número 1880, junio 5 de 1931).....

124, 1ª

- 222— Se interpuso casación de una sentencia sin fundar el recurso ante el Tribunal. Dado traslado al recurrente para que fundara el recurso, dejó transcurrir el término legal perentorio que señala el artículo 151 de la Ley 40 de 1907, sin que presentara la demanda de casación en tiempo oportuno.

Transcribe la Corte, como fundamento de su doctrina, el siguiente paso de una sentencia de la misma:

«La Corte ha establecido en numerosas decisiones que la omisión en fundar oportunamente el recurso de casación, bien ante el Tribunal al interponerlo, bien ante la Corte dentro del término perentorio que señala la ley, tiene como sanción la de que el recurso quede desierto. No existe ley expresa que así lo disponga, pero la doctrina de la Corte se deriva del principio de procedimiento judicial de que los actos que ordena la ley que se realicen dentro de un término perentorio, carecen de efecto si se verifican fuera de aquél; y desde entonces, una demanda de casación extemporánea se considera como no

Págs.

presentada y como abandonado el recurso porque no habría materia sobre qué recayese el fallo de casación.» (1). (2) (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo III, número 3321).» (Auto, xxxix, número 1882, diciembre 7 de 1931) (2)

362, 2ª

REGISTRO. 223—Se había pedido la nulidad por simulación de un contrato que constaba en una escritura pública que no había sido registrada. El Tribunal de Cartagena hizo la declaración correspondiente, y el demandado recurrió en demanda de casación aduciendo las causales primera y segunda de casación, conforme al artículo 2.º de la Ley 169 de 1896, y como motivo la violación del artículo 2673 del Código Civil.

«La sentencia absolutoria de primera instancia finca, entre otros motivos, en que la escritura número 399, de treinta de agosto de mil novecientos diez y ocho, no puede aceptarse como prueba, por no estar registrada. Este punto se discutió en las instancias del juicio, así por la parte demandada como por la parte demandante. En la Corte también se ha discutido el punto por ambas partes. El artículo 2673 del Código Civil es muy claro, de modo que su aplicación no ofrece dificultad alguna. Esta disposición prohíbe terminantemente a las autoridades aceptar como pruebas escrituras o documentos sujetos al registro, cuando no se han registrado o cuando no se exhibe la prueba de la inscripción. Esta es, además, la doctrina uniforme de la Corte: En un caso análogo al que se discute, dijo la Corte: (Aquí las citas de los números 2134 y 3347, de los tomos 2º y 3º de la *Jurisprudencia de la Corte*). Y no se arguya que el demandado, en la contestación de la demanda, aceptó la existencia del contrato de venta del bien raíz a que se refiere este juicio, puesto que la confesión no es suficiente para probar la enajenación de inmuebles, la cual sólo se prueba con la escritura pública debidamente registrada.» (Casación, xxxix, número 1882, diciembre 12 de 1931)....

381, 2ª

- DE LA PARTICIÓN. 224—En juicio de reivindicación de un lote de terreno demandó la Compañía Constructora de Pereira a Luciano García, el cual opuso la excepción perentoria de prescripción extraordinaria en su favor, que fue declarada en la sentencia de primera instancia, absolviendo así al demandado de los cargos de la demanda. Confirmó el fallo el Tribunal, y en casación contra esta sentencia se la acusó de error de derecho por haber sostenido el Tribunal que

(1) Artículo 532 del nuevo Código Judicial.

(2) Concordancias: La misma Corte en auto de fecha 17 de mayo de 1932, «Gaceta Judicial, xxxix, número 1882, 363, 1ª, en que no revoca el anterior, cita las siguientes doctrinas: «Jurisprudencia de la Corte» números 1720, 2022, 3387, tomo 1º, tomo 2º, 2094 y 2095; tomo 3º, 3322, 3325, 3336, y 3381. Hoy está resuelta la dificultad, si es que la hubo, con el artículo 532 del nuevo Código Judicial, ya citado.

Págs.

el dominio de un bien raíz, a título de sucesión, solamente viene a perfeccionarse por el registro que se haga de la hijuela correspondiente. Sostuvo el recurrente en su demanda de casación que el error de derecho estribaba en no haber considerado el Tribunal registrada la hijuela de Andrea Londoño, antecesora jurídica a título particular de la Compañía actora, puesto que habiendo sido registrada la sentencia aprobatoria de la partición en la sucesión de Eusebio Londoño, padre de Andrea, no había necesidad de registrar cada una de las hijuelas de adjudicación, como que el registro de la partición comprende éstas, según una doctrina de la Corte que el recurrente extracta. La nota de registro que desestimó el Tribunal y que aparece al pie de la hijuela, dice así: «Oficina de Registro del Circuito—Pereira, febrero 21 de 1894. Se registró la anterior sentencia, que aprueba la partición de esta causa mortuoria, en el Libro de Registro de Causas Mortuorias, a los folios 2 y 3 partida. 2.º Comprobó el pago de los derechos fiscales. El Registrador, Epifanio García.»

Dijo la Corte:

«Se considera: El caso contemplado por la Corte en la sentencia que el recurrente cita, consistió en que, a pesar de haber sido registrada la sentencia aprobatoria de una partición en el lugar en que se siguió el juicio, se tacharon las copias de las hijuelas, por no haber sido inscrita también la sentencia aprobatoria en el lugar donde estaban ubicados los bienes. Dijo así la Corte: 'Ahora bien: si es verdad que en tales copias se omitió incluir la de la sentencia aprobatoria de la partición que con las hijuelas forman un solo cuerpo, no por ello puede decirse que el registro de ella fuera eficaz para verificar la tradición, pues conforme al artículo 2662 del Código Civil, el registro de un acto legal de partición comprenderá la fecha de ese acto, el nombre y apellido del partidor y la designación de las partes e hijuelas respectivas.' Esto no quiere decir que la sentencia aprobatoria de la partición no deba registrarse, pues debe hacerse conforme lo mandado en el inciso 6º del artículo 2652 del Código Civil, pero una vez hecho el registro de ella en el lugar de la protocolización del juicio sucesorio, no cree la Corte que sea necesario llevar el expediente a todos los Círculos de Registro donde estén ubicados los bienes que fueron materia de la partición, con el objeto de registrar en cada uno de ellos la sentencia aprobatoria de ella, sino que basta registrar en esos Círculos la respectiva hijuela, cumpliendo así lo prevenido en el artículo 2654 del Código Civil. Se dijo también en ese fallo que la Corte tenía establecido que, una vez registrada la sentencia aprobatoria de la partición no hay necesidad de registrar cada una de las hijuelas de adjudicación, puesto que la partición registrada compren-

de a aquéllas; que sólo hay necesidad de hacer la inscripción de cada hijuela cuando los bienes raíces que han sido materia de la partición, se hallan ubicados en distintos Círculos de Registro. Ahora bien: en este pasaje del fallo se habla del registro de la sentencia aprobatoria de la partición, entendiéndose que al mismo tiempo se ha registrado la partición; pues se dice que la partición registrada comprende a aquéllas (las hijuelas) y que no hay necesidad de repetir el registro de cada adjudicación cuando los bienes raíces están en el lugar donde la partición se inscribió. En el título que se estudia apenas aparece de la nota del Registrador que se inscribió la sentencia aprobatoria de la partición, sin agregar que esta última se hubiera registrado, y como los artículos 2661 y 2662 del Código Civil indican separadamente cómo se registran las sentencias y cómo los actos legales de partición, el Tribunal apreció la nota de registro como prueba de la inscripción exclusiva de la sentencia, la cual debe registrarse, según lo indica el numeral 6º del artículo 2652 del Código Civil. Y la sola inscripción de la sentencia aprobatoria de una partición, no es suficiente si al mismo tiempo no se registra la partición para demostrar la tradición del dominio de los bienes partidos. El recurrente no acusa esta apreciación de la nota de registro por errónea, en el sentido de que la inscripción de la sentencia lleve consigo la del acto de partición, de modo que sobra el fundamento de que la nota sólo dice, como lo entendió el Tribunal, que únicamente fue registrada la sentencia aprobatoria de la partición. El razonamiento del sentenciador es inobjetable.» (1). (Casación, xxxix, número 1880, junio 26 de 1931).

152, 2ª
y 153,
1ª

REINCIDENCIA. 225—Agustín Torres fue condenado como reo del delito de homicidio por el Tribunal de Pasto, que confirmó la sentencia de primera instancia, a la pena de diez años y seis meses de presidio, con el aumento correspondiente a la reincidencia deducida por un delito de heridas que halló comprobado el Tribunal con las copias de una rebaja de la pena por este delito y un certificado del Director de la Penitenciaría en que aparecía que había cumplido presidio. Faltaba la copia de la sentencia que le condenó por heridas.

«Dada la gravedad que entraña la apreciación de que un determinado delincuente sea reincidente, no puede servir cualquier dato o prueba para

(1) La doctrina que cita el fallo de otra sentencia anterior de la Corte concuerda con otras de la misma, como puede verse en los números 3372 y 3373, tomo 3.º, «Jurisprudencia de la Corte.» Acorde con esa doctrina está la «Jurisprudencia de los Tribunales,» tomo 2º, número 4663.

Págs.

llegar a esa conclusión, sino que es necesaria la prueba especial, que no deje la menor duda sobre el particular, y ella no puede ser otra sino la sentencia misma ejecutoriada, a que se refiere el Código Penal en los artículos 140 y 141. Admitir, como se ha hecho en el presente caso, una simple constancia de la autoridad administrativa, que no contiene el fallo anterior que se hubiera podido pronunciar contra Torres, expresando o conteniendo los términos precisos en que tal condenación se hubiera hecho, equivale a facilitar la comisión de un error, y a proceder sin el suficiente fundamento.» (Casación, xxxix, número 1879, octubre 30 de 1931)....

76, 1ª
y 2ª

REIVINDICACIÓN. 226—Alegó el recurrente, contra la sentencia que decretó la reivindicación demandada, la excepción perentoria de prescripción extintiva del derecho del actor, la cual basó en que «no ha tenido nunca la posesión material de dicho lote ni de los demás que se reivindican.» Para casar la sentencia del Tribunal dijo la Corte sobre la excepción y ya en instancia, lo siguiente:

«A esto se observa que ha sido constante la doctrina de la Corte en el sentido de que para reivindicar no es necesario que el reivindicador haya tenido antes la posesión material de la cosa, porque así no lo exige el artículo 946 del Código Civil. Tal doctrina resulta, entre otros, de los fallos de casación de doce de julio y treinta de noviembre de mil novecientos veinte. (Tomo 28, páginas 108 y 226 de la *Gaceta Judicial*). «Halló la Corte que la posesión del demandado para basar la prescripción alegada no había sido exclusiva» como es indispensable que lo sea, para los efectos de la prescripción, ya ordinaria o extraordinaria. La posesión conjunta o de los coherederos no tiene ese carácter.» (1). (Casación de 22 de julio de 1925, *Gaceta Judicial*, tomo xxxi)..

304, 1ª

227—Félix Zapata demandó a Juan Pablo Tamayo para que se le condenase a restituir los bienes que le fueron adjudicados en un juicio de sucesión, entre los cuales se hallaban unos créditos personales. Fallado el pleito en ambas instancias, en consonancia con las pretensiones del actor, el demandado recurrió en demanda de casación, alegando que el Tribunal había violado los artículos 665, 666 y 669 en relación con los artículos 946, 947 y 950 del Código Civil, pues había reconocido el sentenciador que el actor podía ejercitar la acción reivindicatoria para pedir la restitución de créditos personales, que fueron parte de los bienes que se le adjudicaron al demandado en la sucesión de Miguel Angel Gutiérrez.

«Para la Corte es clarísimo tal quebrantamiento de los textos citados,

Págs.

porque la ley expresamente dice que son bienes incorpóreos los créditos (artículo 653); que las cosas incorpóreas son derechos reales o personales y que los créditos son derechos personales (artículo 665), y es bien sabido que la acción reivindicatoria sólo se extiende a las cosas corpóreas, raíces y muebles (artículo 947), y los créditos, según los artículos citados, son cosas incorpóreas que escapan a la reivindicación.» (Casación, xxxix, número 1882, noviembre 20 de 1931).....

347, 2ª

228—Los actores en juicio de reivindicación adujeron una titulación completa desde el siglo XVII para demostrar su carácter de dueños de la finca reivindicada. El Tribunal halló que esa cadena de títulos estaba interrumpida en una escritura, por no haberse aducido copia de la diligencia de registro de ese instrumento, pero sí encontró que los actores habían presentado dos escrituras anteriores al título exhibido por los demandados, y a pesar de eso libró el pleito a favor de éste. Atacó el actor recurrente en demanda de casación la sentencia por violación de los artículos 745, 756, 762 y 758 del Código Civil y por error de derecho en la apreciación de las dos escrituras citadas, por cuanto esos títulos, debidamente registrados y anteriores a los de los demandados, como lo reconocía el Tribunal en su fallo, son verdaderos títulos de dominio suficientes para reconocer la propiedad a los demandantes, ora porque los demandados no les opusieron títulos anteriores que obligasen al sentenciador a remontar la cadena de títulos de los antecesores, ora porque esos títulos son uno de los medios que reconoce la ley para la adquisición del dominio.

La Corte, para casar la sentencia, dijo lo siguiente:

«Esta ha sido jurisprudencia de la Corte, como puede verse en sentencia de fecha diez y seis de marzo de mil novecientos diez y ocho, tomo xxvi, página 300; allí se dijo:

‘Si el demandante en reivindicación acompaña un título traslativo de dominio anterior a la posesión del demandado, y éste no ha excepcionado contra ese título, ni ha acompañado otro alguno, ni la prueba de posesión anterior a la fecha de la escritura o del título exhibido por el actor, el juzgador no puede menos de reconocer al demandante como dueño del inmueble que reivindica, aunque no haya presentado la cadena de títulos de los antecesores.’

«Lo previsto en esa sentencia sucede al presente: los demandados ni han tachado esos títulos, ni han presentado títulos anteriores que muestren con claridad que el terreno reivindicado está comprendido en ellos, ni han probado posesión anterior a la fecha de esas escrituras, advirtiendo

(1) La doctrina primeramente expuesta concuerda con la del número 2156, tomo 2º, «Jurisprudencia de la Corte,» números 3402, 3409, tomo 3º

Págs.

que la doctrina asentada por el Tribunal en este paso no es jurídica, pues no es necesario para reivindicar que los títulos acompañados para ello sean del mismo género, es decir, compraventas, donaciones, actos legales de partición, etc.; con tal que sean títulos constitutivos o traslaticios de dominio es suficiente, pues un bien raíz ha podido adquirirse por los diversos adquirentes, a título de compra, de donación o permuta, o de herencia, y estos títulos como traslaticios de dominio no interrumpen la cadena de títulos.» (Casación, xxxix, número 1882, noviembre 17 de 1931) (1).....

338, 1ª

- 229—Los dueños de todos los derechos de una cosa común la reivindicaron. Se alegó contra la sentencia que decretó la reivindicación error de derecho en la interpretación de la demanda, proveniente de que, según el recurrente, el Tribunal había pasado por alto la existencia de la comunidad entre los actores, y los había considerado como dueños absolutos de la totalidad de la finca, y en ese concepto había decretado directamente para ellos la restitución, sin tener en cuenta que a cada uno de los tres no correspondía en ella sino derechos y acciones. Se dijo que en caso tal no podían todos los dueños de la cosa común reivindicar la totalidad de la cosa común y se invocaron unas sentencias de la Corte en apoyo de la opinión del recurrente (2).

«A lo dicho en el punto que precede, sólo hay que agregar para contestar este cargo, que no es exacto que la Corte ha sentado la jurisprudencia de que quienes han comprado en común una cosa no pueden reivindicar para sí la totalidad de ella, obrando todos conjuntamente; pues es incuestionable que en el conjunto de los comuneros se individualiza el derecho de propiedad con toda la plenitud de sus atributos. En el primero de los dos fallos citados por el recurrente, la jurisprudencia sentada o reafirmada por la Corte, no es sino ésta: 'que no existe incongruencia cuando lo que en el fallo se declara es que los actores no tienen el derecho que han ejercido en el juicio, pues un fallo de esta clase implica absolución de todos los cargos deducidos en la demanda.' En el otro fallo, el caso que se contempla es el de un propietario singular de un predio que dirigió su acción reivindicatoria contra varios individuos, por la porción que cada uno

(1) Concordancia: número 2168, tomo 2º, «Jurisprudencia de la Corte», 3339, tomo 3º

(2) Ya había dicho la Corte, contestando a otro cargo, lo siguiente:

«... Siendo así que los comuneros conjuntamente piden para sí la totalidad de la cosa común, quien pide es la comunidad, como si un propietario singular pidiera para sí, y en tal caso no hay por qué expresar que se pide para la comunidad o a nombre de ésta, ya que la comunidad no forma, como la sociedad, una persona jurídica distinta de los condueños, individualmente considerados. El cargo carece de fundamento.»

Págs.

de ellos ocupaba en dicho predio, dando sólo los linderos de éste y no los de cada una de esas porciones, y la jurisprudencia que con tal motivo sentó la Corte, no fue sino ésta: 'que una cosa se singulariza para poderse reivindicar, según el artículo 946 citado, determinándola por sus linderos, cosa que, como queda dicho, no hizo el actor para poder dirigir su acción contra cada uno de los demandados'» (Casación, xxxix, número 1881, septiembre 24 de 1931).....

286, 2ª

- 230—Se acusó el fallo por error de derecho al estimar suficiente para la reivindicación el título presentado. Sin que se hubiese acompañado el certificado del Registrador a que alude el artículo 111 de la Ley 105 de 1890 (1).

«Se repara: ese certificado sólo se exige para los desembargos de plano, pero no para los juicios de reivindicación, donde se hace comparación de títulos prevaleciendo el anterior, sin que sea necesario remontar la cadena hasta llegar al título primitivo, cosa las más de las veces imposible: basta con que el reivindicador acompañe un título anterior al del poseedor, para que se le reconozca el dominio. Esta ya es doctrina constante de la Corte, como puede verse, entre otras, en las sentencias de treinta de septiembre de mil novecientos diez y nueve» (*Gaceta Judicial*, tomo xxvii, página 312, 3ª) y treinta de noviembre de mil novecientos veinte (*Gaceta Judicial*, tomo xxviii, página.....)

266, 3ª

- 231—Se demandó en juicio de reivindicación a un individuo por unas mejoras situadas en terrenos baldíos y que habían sido vendidas al demandado por documento privado. Ganado el pleito por el actor, alegó en casación el demandado que no le había arrebatado las mejoras violentamente al actor, pues le habían sido entregadas merced al documento privado.

«Para el buen éxito de la acción reivindicatoria no se requiere que haya sido violenta la posesión del demandado: basta una posesión material cualquiera, como en el presente caso.» (Casación, xxxix, número 1880, junio 24 de 1931).....

150, 2ª

- 232—Unos menores demandaron en juicio de reivindicación, que ganaron ante el Tribunal, al Municipio de Medellín. Contra la sentencia de éste recurrió en casación el Municipio alegando violación de los artículos 764, 769, 770 y 965 del Código Civil y explicando así el cargo: el Tribunal, al referirse a la restitución de los frutos, dice que la falta de título por parte del Municipio lo constituye poseedor de mala fe; y esta aseveración quebranta el artículo 769, conforme al cual la buena fe se presume, y el artículo

(1) Artículo 635 del nuevo Código Judicial.

Págs.

764, que establece que el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular, es decir, sin justo título, lo que corrobora el artículo 770. La sentencia desconoce y contradice la presunción legal de buena fe en el poseedor, y tal hace por la falta de título, siendo así que, por el contrario, los mentados artículos 764 y 770, puestos en relación, reconocen que el poseedor sin título, que es irregular, puede perfectamente ser poseedor de buena fe.

«Se observa:

Es inadmisibles la aserción absoluta de que la falta de título en el poseedor arguye mala fe; y si la buena fe se presume y el poseedor irregular (y así hay que calificar a quien posee sin título) puede ser de buena fe, con arreglo a los citados artículos 764, 769 y 770 del Código Civil, no es dable sostener que el Municipio de Medellín es poseedor de mala fe por el mero motivo de carecer de título. Habría sido preciso que en virtud de pruebas aducidas en el proceso, quedara desvanecida la presunción de buena fe, o, en otros términos, demostrada la malicia de la entidad demandada al obrar como obró; y el sentenciador no citó esas pruebas, sino que se limitó a decir que 'la falta de título por parte del Municipio lo constituye poseedor de mala fe.'

«Adviértase que es operación ardua para el criterio del juzgador el calificar en cada caso la buena o la mala fe, y por lo mismo, no ha de llegarse a la conclusión rigurosa, sin pruebas suficientes que destruyan la presunción legal de la buena fe. Ha dicho la Corte:

'Si muy difícil es para cualquiera poder apreciar la buena o la mala fe con que otro haya procedido en determinado caso, mucho más difícil y grave es para el juzgador hacer una apreciación rotunda en asunto tan delicado, que pertenece al fuero interno, y desprender de ella un fallo absolutorio o condenatorio, que puede resultar injusto. De aquí que, siguiendo los principios generales sobre benévola aplicación de la ley penal en caso de duda, y teniendo en cuenta la calidad de la persona, su buena conducta y antecedentes, acojan los Jueces la disposición menos rigurosa para la condenación al pago de frutos.' (Casación de 30 de septiembre de 1924, tomo xxxi de la *Gaceta Judicial*).

«Por lo dicho, estima la Corte que el sentenciador incurrió en la infracción legal que se acusa en el presente motivo y que es procedente casar esta parte del fallo; y para resolver en instancia, bastará acceder a la petición cuarta de la demanda, en la cual se considera al Municipio como poseedor de buena fe (artículo 964, inciso 3.º del Código Civil).» (Ca-

Págs.

sación, xxxix, número 1880, julio 16 de 1931) (1).

185 1ª

- 233—Virginia Ruiz C., Ana Dolores y María Virginia Ruiz demandaron a Juan Francisco Rodríguez y Eduardo Plata, poseedores con justo título, para que se les condenase a restituir una casa que aquéllas reivindicaron. Contra la sentencia del Tribunal de Bogotá que condenó al tenor de la demanda, recurrieron en casación los demandados acusando, entre otros motivos, el fallo como violatorio de los artículos 752, 764, 765 y 768 del Código Civil. Razonaba así el recurrente: «El Tribunal encontró, y así lo declaró en su fallo, que los demandados eran poseedores regulares y de buena fe, y, sin embargo, decretó la reivindicación, violando así los antedichos artículos. El título de los demandados es justo, y mientras no se probara lo contrario, los demandados debieron ser mantenidos en el dominio de la casa.»

Dijo la Corte:

«Se responde: Un demandado en reivindicación bien puede suceder que tenga un título justo y posesión regular, y ser vencido, sin embargo, en un juicio de dominio, porque el reivindicador opuso a ese título otro que prevalecía. El justo título del demandado y su posesión de buena fe sirven entonces para favorecerlo en las prestaciones que debe hacer a su vencedor. En este sentido está el fallo del Tribunal. El cargo es infundado.» (Casación, xxxix, número 1880, junio 30 de 1931),

160, 2ª

- EN CONTRA DEL COMPRADOR DE COSA AJENA. 234.—Luis Felipe Marroquín reivindicó de Salustiano Castro un lote de tierra que el actor adquirió de Alejandrina Rubio de Bohórquez, y ésta, por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de Patricio Rubio Barrios, y éste de Soledad Acosta de Samper, alegando que el título de Castro procedía de la venta de cosa ajena que hizo de ese lote José María Bohórquez contra todo derecho, a los esposos Isidoro Bernal y Salvadora Rubio, después de la adjudicación a Alejandrina Rubio de Bohórquez. Contra la sentencia del Tribunal que le condenó alegó en demanda de casación el recurrente Castro la primera causal de casación de las que reconocía el artículo 2.º de la Ley 169 de 1896, y sostuvo que el Tribunal había violado los artículos 791, 2526, 759 y 1748 del Código Civil, porque, en su concepto, para poder establecer la acción reivindicatoria los sucesores de Alejandrina Rubio, debieron pedir previamente la nulidad de la venta hecha por José María Bohórquez, según lo establece el artículo 1748 del Código Civil, porque es la nulidad judicialmente declarada lo que da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, y como dicha nulidad es relativa, el Juez no podía declararla sin audiencia de las partes que intervi-

y 2.ª

(1) Concordancia: número 393, tomo 3.º, «Jurisprudencia de la Corte.» En una doctrina anterior había dicho la Corte que para que el poseedor pueda ser reputado de buena fe, se requiere necesariamente la existencia de un título constitutivo o traslativo de dominio, como puede verse en el número 457 del tomo 1.º de la «Jurisprudencia» de la misma. Con esta doctrina está acorde la «Jurisprudencia de los Tribunales», número 748, tomo 1.º

Págs.

nieron en el contrato, ya para que pudiera defenderse, ya para que la sentencia las comprendiera y tornara las cosas al estado anterior.

«Se considera: La teoría que el recurrente apunta es inexacta, porque si se ha vendido una cosa ajena, el dueño de ella, para establecer la acción reivindicatoria, no tiene por qué demandar la nulidad del contrato de compraventa, ni podrá hacerlo, porque esa venta es válida. Lo que ocurre es que tal venta no puede perjudicar sus derechos, ni lo priva del dominio, el cual puede hacer valer contra el comprador o contra los sucesores de éste, estableciendo, al efecto, la respectiva acción reivindicatoria.» (Casación, xxxix, número 1881, septiembre 2 de 1931),.....

262, 2ª,
y 263,
1ª).

REMATE. 235.—En juicio ordinario sobre nulidad de un remate voluntario y en el cual declaró el Tribunal que no había por qué decretar la nulidad pedida, porque el artículo 1082 del antiguo Código Judicial era aplicable únicamente a los juicios ejecutivos, se acusó la sentencia de violatoria de esa disposición legal.

«Como se ve, toda la acusación está fundada en que al declarar el Tribunal que el artículo 1082 del Código Judicial no debe ni puede aplicarse al presente juicio, y que, por tanto, no es el caso, ni hay motivos para declarar la nulidad del remate a que se contrae la demanda, viola esa disposición porque, en sentir del recurrente, es ella la ley aplicable al caso del pleito; pero en oposición a este cargo conviene observar que, como bien lo anota el Tribunal, la disposición que el recurrente estima violada se refiere únicamente a los remates efectuados en juicio ejecutivo; en tanto que el remate que se pretende anular con aplicación de ella, se efectuó en un juicio sobre división de un bien común; y, como lo dijo la Corte en casación de 14 de septiembre de 1906: 'La disposición del artículo 1082 del Código Judicial es de carácter excepcional y prohibitivo, y por lo mismo, de interpretación estricta, no pudiendo aplicarse fuera de los casos que contempla.'» (Casación, xxxix, número 1884, abril 27 de 1932.).....

607, 2ª

RESCISION POR LESION ENORME. 236.—Los recurrentes contra una sentencia de Tribunal, que declaró la rescisión demandada por lesión enorme, le hicieron estas objeciones: que siendo la compraventa un contrato bilateral, al pronunciarse su rescisión no es dable desentenderse de las prestaciones a que tiene derecho la parte vencida, porque como la rescisión implica una nulidad, aunque relativa, exige restituciones recíprocas, y que se condenó a los demandados a pagar intereses desde la fecha de la escritura de venta de la finca al actor que ganó el pleito, con lo cual ha-

Págs.

blan sido violados los artículos 1746, 1496, 1498, 1609 y 1948 del Código Civil.

«Para la Corte son procedentes estos motivos. Decretada la rescisión, pueden los vendedores consentir en ella o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte, y el comprador queda en la obligación de entregar el inmueble. Respecto de los intereses, no se deben sino desde la demanda. Tal es la doctrina del artículo 1948 citado, que el sentenciador violó por omisión, en cuanto desconoció la opción facultativa de los vendedores y la obligación del comprador acerca de la devolución de la finca, y por exceso, en lo tocante a la condenación de los intereses. Y no se replique que los señores González no presentaron demanda de reconvencción con el fin de obtener en su favor el reconocimiento de que se trata, porque es deber del oficio del Juez, en casos de reivindicación y nulidad, decidir lo concerniente sobre las prestaciones a que tienen derecho las partes. Por tanto, en esta parte será casada la sentencia...» (Casación, xxxix número 1881, julio 22 de 1931)....

222, 2ª

S

SEGUNDA CAUSAL. 237.—Alegaba la actora en el recurso de casación contra la sentencia que negó la división demandada de una casa, por oposición que hizo la parte demandada, que no estaba en consonancia con la demanda porque, decía, había resuelto sobre dominio.

«La afirmación de que en la sentencia se resolvió sobre el dominio y no sobre la división, está plenamente contradicha por la parte resolutive de la sentencia, que dice así:

'Por lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega la división demandada.'

«De acuerdo con la doctrina que al respecto tiene sentada la Corte en jurisprudencia constante, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutive de la sentencia, para ver si se incurrió por el sentenciador en la segunda causal de casación; pero esta causal no puede llegar hasta entrar al examen de las consideraciones que han servido al juzgador como determinantes de su fallo, para saber si son o no jurídicas.» (Casación, xxxix, número 1884, abril 26 de 1932.).....

598, 1ª

— 238.—Contra una sentencia plenamente absoluta del demandado y confirmatoria de la de primera instancia alegaba el actor recurrente que había resuelto un punto que no fue materia de la *litis contestatio*, como era el de si el demandado era o no padre legítimo del menor que con su automóvil causó un daño; que no habiendo sido opuesta esa excep-

Págs.

ción por el demandado, el Tribunal no debió absolverlo por una causa que no había sido alegada.

«Según doctrina de la Corte, para estimar si existe o no esta causal (1) sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutive del fallo; pero esta causal no llega ni puede llegar hasta entrar al examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo, para saber si son o no jurídicas.

«Ahora bien: al confirmar en todas sus partes el fallo de primera instancia, la sentencia del Tribunal es plenamente absolutoria. A este respecto, la Corte tiene establecida la doctrina de que no es pertinente alegar la segunda causal de casación contra una sentencia absolutoria.

«El fallo plenamente absolutorio implica que el juzgador consideró todos los cargos de la demanda, y nada más que ellos, y los comprendió en la absolución; sin que pueda decirse que decidió sobre puntos no comprendidos en la parte petitoria de la demanda, o que dejó de resolverse sobre alguno de ellos. La segunda causal no cabe en tal caso.» (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo III, número 3644).” (Casación, xxxix, número 1884, abril 22 de 1932 (2)).

592, 2ª

- 239—No es procedente la causal primera de casación conforme al artículo 2º de la Ley 169 de 1896 (3) cuando se alega incongruencia en el fallo, por defecto, sino la causal segunda (4). (Casación, xxxix, número 1879, marzo 28 de 1931).

10, 1ª

- 240—Para obtener la casación de la sentencia que decidió un juicio de reivindicación alegó el recurrente que no se había fallado sobre la excepción perentoria de demanda hecha en forma indebida, y de ilegitimidad de la personería de los demandados, en cuanto no se demostró que éstos fuesen herederos del causante en la sucesión representada por ellos.

«A este reparo basta observar que el recurrente cita como apoyo de su acusación el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, según el cual, cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia.

«Ahora bien: la excepción de que se trata no fue propuesta en la oportunidad legal, desde luego que en la contestación de la demanda nada se dijo, ni en la primera mitad del tér-

(1) Artículo 2º, Ley 169 de 1896.

(2) Concordancias: números 626, 628, 631, 633, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte.»

(3) Hoy el artículo 520 del Código Judicial.

(4) Concordancia: número 1589, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

mino probatorio, y es bien sabido que la segunda causal de casación en lo referente a excepciones, sólo se justifica cuando se ha prescindido de fallar sobre las que han sido oportunamente alegadas. (Artículo 2º de la Ley 169 de 1896).” (Casación, xxxix, número 1881, septiembre 2 de 1931)..

261, 2ª

SENTENCIA. 241—Casada una sentencia para que se resolviese sobre un punto que dejó de decidirse, el Tribunal decidió, no ya solamente sobre el punto que había omitido en su fallo anterior, sino sobre todos los puntos de la demanda, por lo cual, al intentarse recurso de casación contra la nueva sentencia, se alegó, entre otras cosas, que «al resolver, como lo ha hecho, todos y cada uno de los puntos contenidos en el libelo del señor Bravo, ha incurrido en una flagrante extralimitación.»

Dijo la Corte:

«Es infundada esta acusación, toda vez que, como bien lo observa la parte opositora, casada la sentencia, lo que es decir, anulada, el Tribunal tenía que pronunciar un fallo nuevo en el cual quedarán resueltos todos los puntos que eran materia de la controversia.» (Casación, xxxix, número 1880, julio 2 de 1931).

172, 2ª

- 242—En un juicio de rescisión por lesión enorme, alegó el demandado en casación, que el Tribunal había desatado en la sentencia dos cuestiones que no fueron materia de las peticiones de la demanda, como fueron las de advertir que el demandado debía declarar dentro de treinta días si persistía en el contrato, caso en el cual pagaría determinada suma de dinero, y que debían cancelarse los registros de las respectivas inscripciones de títulos.

«Considera la Corte que la declaración del derecho conferido al comprador por el artículo 1948 del Código Civil fue hecha por el Tribunal, en previsión de que se ejecutara la sentencia de rescisión, sin dar tiempo a que el comprador pudiera hacer uso de la facultad que la ley le otorga.

«Fue una declaración favorable al demandado para darle tiempo a ejercitar una facultad que la ley le confiere, sin que esto implique la imposición de una obligación, desde luego que se trata de una opción que depende de su voluntad. Esta Corte ha dicho en varias decisiones:

«La sentencia debe reconocer los derechos que al demandado corresponden en caso de que se declare probada la acción o derecho del demandante, aunque el demandado no lo haya pedido por vía de reconvencción. El demandado no tiene qué pedir sino su absolución cuando no conviene en lo que solicita el demandante, y no tiene necesidad de solicitar expresamente la declaración de los derechos que le corresponden por la

Págs.

ley, en caso de que se declare justificada la acción del demandante.' (Véase también la sentencia de 7 de abril de 1913, en el tomo XXII de la *Gaceta Judicial*).

«Dice el autor del recurso que los actores no demandaron la cancelación de los respectivos registros e inscripciones de la escritura pública número tres mil treinta y cuatro, ni que ella se limitara al contrato ajustado entre los González y Rojas, de una parte, y Carlos A. Poveda de otra, con prescindencia de Manuel Tiberio González, quien intervino como vendedor.

«A este reparo se observa que la orden sobre cancelación del registro en nada altera los puntos de la *litis contestatio*, desde luego que es consecuencia inherente a la declaración de nulidad de un contrato, el que las cosas vuelvan al estado anterior, y por lo mismo desatado el vínculo contractual por sentencia firme, el registro de la escritura en que se hizo constar el contrato queda sin fuerza alguna, y el hecho material de la cancelación en los libros, es un deber del Registrador.

«La limitación impuesta por la sentencia obedece a que la declaración de nulidad por lesión enorme no comprendió al señor Manuel Tiberio González.» (Casación, xxxix, número 1884, abril 14 de 1932).....

582, 2ª

- 243—«La Corte, ha declarado que si el Tribunal, apartándose del recurso de apelación, falla sobre puntos ejecutoriados (que es lo que en este cargo sostiene el recurrente), entonces, al quebrantar la cosa juzgada o el derecho adquirido que de ella emana, no resuelve incongruentemente con la demanda, sino que viola la ley sustantiva; y eso cae bajo la primera, no bajo la segunda de las causales de casación» (1). (Casación, xxxix, número 1882, diciembre 4 de 1931).....

371, 1ª

SENTENCIA. 244—Se acusó una sentencia por incongruencia de defecto, por no haber resuelto el Tribunal sobre puntos que el recurrente consideró que habían sido objeto de la controversia judicial y porque el Tribunal había dejado de aplicar el artículo 483 del antiguo Código Judicial que decía: «las excepciones perentorias.... se deciden en la sentencia definitiva.»

Dijo la Corte:

«El objeto que tienen las excepciones perentorias es hacer ineficaz una acción, ya hiriendo la obligación en sí misma, ya oponiendo un hecho que la haya extinguido. Si una sentencia no halla comprobado el título con que se entabla la acción, ni comprobado el derecho que por ésta se persigue, inútil es la excepción perentoria, la cual presupone el reconocimiento por el

Págs.

Juez de aquel título y derecho. En el presente caso el Tribunal aplicó esta norma de lógica, y dijo al efecto: 'No habiendo probado el demandante la acción intentada, no es el caso de entrar a estudiar las excepciones propuestas'» (Casación, xxxix, número 1880, julio 22 de 1931).....

210, 1ª y 2ª

- ABSOLUTORIA. 245—Cuando la sentencia es absolutoria por haber hallado probada una excepción, abarca todos los extremos de la litis. (Casación, xxxix, número 1879, mayo 28 de 1931) (1).....

50, 1ª

- DEFINITIVA. 246—Conocía la Sala de Negocios Generales de la Corte, de la apelación de una sentencia de excepciones en juicio ejecutivo, sobre la cual se había pedido reposición.

«A este propósito la Corte, en fallo dictado con fecha veinte de marzo del año en curso, en las excepciones propuestas por los herederos de Ignacio Alvarino, en la ejecución seguida contra ellos por la Nación, dijo: 'El artículo 824 del Código Judicial (2) define la sentencia definitiva diciendo que es la que se pronuncia sobre la controversia que ha sido materia del juicio, o sea sobre lo principal del pleito. En un juicio ejecutivo no hay propiamente discusión o controversia sino cuando se proponen excepciones. Faltando éstas, el juicio se circunscribe al libramiento del mandamiento ejecutivo de pago, el cual se dicta sin citar ni oír al deudor, y a la práctica de las diligencias ejecutivas. En tal caso lo que se conoce con el nombre de sentencia de pregon y remate, no implica fallo sobre controversia alguna, pues es la simple declaración de que, no habiendo el ejecutado opuesto excepciones, esto es, que no habiéndose suscitado controversia alguna sobre la obligación demandada, es el caso de llevar adelante la ejecución tal como se decretó y de rematar los bienes sometidos a la traba del juicio. En cambio, propuestas las excepciones, surge una verdadera controversia sobre la obligación cuya efectividad se persigue en el juicio, o sea sobre lo principal de éste, y como esa controversia viene a quedar desatada en el fallo de las excepciones, es palmario que éste tiene carácter de sentencia definitiva dentro del propio juicio, de acuerdo con la definición ya conocida.' Dada la claridad de este comentario, parece inútil añadir otros que demuestren que en tratándose del fallo sobre las ex-

(1) Concordancias: números 3706, 3709, 3714, tomo 1º «Jurisprudencia de la Corte», 2332, 2335, 2342, 2344, 2345, tomo 2º. Véase la excepción a estos principios contenida en el número 3706, tomo 3º, de la «Jurisprudencia.»

(2) Artículo 466, Ley 105 de 1931.

Págs.

cepciones propuestas en el juicio ejecutivo, él asume el carácter de sentencia definitiva, a la que debe aplicarse la disposición del artículo 17 de la Ley 169 de 1896, según la cual, y por regla general, 'la sentencia definitiva no puede revocarse, ni reformarse por el mismo Juez o Tribunal que la pronuncie.'» (1) (Auto, Sala de Negocios Generales, xxxix, número 1882, septiembre 9 de 1931).....

412, 2ª

— INTERLOCUTORIA. 247—El reconocimiento de heredero no es sentencia definitiva sino interlocutoria.

En el juicio ordinario promovido por Petrona Zapata de Vélez, contra la sociedad que gira bajo la razón social denominada Bartolomé Martínez Bossi & Compañía, y en el cual recurrieron ambas partes en casación contra la sentencia del Tribunal de Barranquilla, que condenó al demandado al pago de unos frutos civiles demandados, se alegó por la parte demandada que siendo definitiva la providencia que reconoció heredera de Manuel Zapata a la actora, estaba sujeta al registro conforme al numeral 2.º del artículo 2652 del Código Civil, y que no habiéndose registrado no hacía fe en juicio, según el artículo 2653 del mismo Código.

«A esto observa la Corte que la providencia en que se hizo el reconocimiento de heredera de Petrona Zapata no es sentencia definitiva sino interlocutoria, que no está sujeta a registro para que haga fe en juicio, porque puede ser revisada en juicio ordinario. El artículo 2652 del Código Civil se refiere únicamente a las sentencias definitivas ejecutoriadas, que son las que hacen tránsito a cosa juzgada y no pueden ser revisadas posteriormente.» (Casación, xxxix, número 1879, marzo 28 de 1931).....

11, 2ª

SIMULACIÓN. 248—Véase *Nulidad por simulación*.

— 249—En juicio ordinario de reivindicación a favor de unas sucesiones en que el reivindicador salió desfavorecido y se declaró probada la excepción perentoria de nulidad por simulación de un contrato, fue acusada la sentencia del Tribunal de haber violado el artículo 1766 del Código Civil por haberle dado valor, según dijo el recurrente, a unas cartas privadas para desestimar el valor del contrato escriturario.

«El Tribunal no desconoció el valor de la escritura como documento auténtico; lo que hizo fue declarar nulo el contrato a que se refiere la citada escritura por falta de causa, por ser éste simulado. Es una doctrina establecida definitivamente en estrados que los contratos cuya causa es simulada, pueden ser declarados nulos, de nulidad absoluta, sirviendo para esa decisión como medio probatorio hasta los indicios. Eso fue lo que hizo el Tribunal. Ciertamente que las escritu-

Págs.

ras públicas hacen fe acerca de su contenido, pero contra esa fe se puede ir contraprobando alguna de las causas que anulan los contratos. Esto lo preceptúa la ley y lo tiene recibido la jurisprudencia.» (Casación, xxxix, número 1881, agosto 3 de 1931). (1).....

229, 2ª

— 250—En un juicio ordinario sobre nulidad de un contrato por simulación, arguyó el demandado recurrente contra la sentencia del Tribunal que declaró la nulidad demandada, que «la letra y el espíritu del artículo 1934 del Código Civil, confirmados por repetidas sentencias de la Corte, sustentan el principio del crédito que se debe a los instrumentos públicos, contra toda prueba que tienda a desvirtuar las declaraciones en ellos contenidas, y que son fuentes de los derechos adquiridos.»

Dijo la Corte:

«Mas a esto ha de observarse que el artículo no se opone a la doctrina jurídica sobre la nulidad de los contratos en que hay simulación, la cual es dable acreditar con pruebas que vayan contra las declaraciones de las partes en la escritura del contrato; sólo que la nulidad no puede perjudicar a terceros. Así lo ha explicado varias veces esta Superioridad. En casación de veintinueve de julio de mil novecientos veintiuno dijo: 'La disposición del artículo 1934 del Código Civil se ha entendido, según jurisprudencia constante de la Corte, en el sentido de que la declaración contenida en una escritura pública, de haberse pagado el precio de la venta, admite prueba en contrario entre las partes contratantes, al aplicar el artículo 1769 de dicho Código. El artículo 1934 debe entenderse en el sentido de que sólo para dirigir acción contra terceros, hay necesidad de probar la nulidad o falsificación de la escritura.' En casación de diez y seis de febrero de mil novecientos veintiséis expuso: 'Cuando aparece comprobado por medio de escritura pública un contrato, es preciso atender a la situación de los terceros adquirentes que han derivado derechos de ese contrato a título singular y que han pactado sobre la fe que la escritura merece respecto de lo que en ella han convenido las partes. De este principio fluye el amparo que la ley concede a los adquirentes a título singular contra cualquier acto (oculto o simulado) de los causantes que pueda destruir o desnaturalizar la verdad del título que originó la adquisición, amparo que se revela tanto en materia de pruebas como en el alcance que pueda tener la cosa juzgada.' (Tomos xxix y xxxii de la *Gaceta Judicial*). Conviene advertir que cuando el Tribunal afirmó

(1) Concordancias: números 3801, tomo 1º «Jurisprudencia de la Corte»; 3782, tomo 3º

(1) Artículo 3º, Ley 38 de 1887.

Págs.

que no hubo precio en la venta controvertida, no desconoció que en la escritura se fijó un precio, sino que quiso significar que, por ser fingido el contrato, el precio no fue verdadero. De todo lo expuesto se sigue que, habiendo llegado el sentenciador, merced a una serie de indicios por él apreciados soberanamente, a la conclusión de que el contrato a que se refiere el juicio es simulado, pudo declarar la nulidad del mismo sin transgredir los textos legales que cita el recurrente.» (Casación, xxxix, número 1880, junio 22 de 1931).....

139, 2ª
y 140, 1ª

- 251— La Corte, en jurisprudencia constante, ha reconocido como causal de nulidad la simulación de los contratos, fundándose para ello en los principios generales del Código Civil sobre los elementos esenciales de las convenciones y sobre su invalidez cuando faltan todos o algunos de tales elementos, y ha aceptado igualmente que es admisible la prueba de indicios para establecer la simulación. En la estimación de los indicios es soberano el Tribunal, y sólo se justifica la acusación del fallo cuando se prueba un error evidente de hecho o uno de derecho en la valoración de los hechos constitutivos de los indicios. (Sentencias de tres de mayo, treinta de abril y veintitrés de julio de mil novecientos veintitrés, tomo xxx de la *Gaceta Judicial*). (Casación, xxxix, número 1880, junio 22 de 1931)..... (1)

139, 1ª
y 2ª

- 252— Tulia Castro de Hernández y Elisa Castro le firmaron un documento a su abogado por la suma de dos mil pesos moneda legal. Ejecutadas por el cesionario del crédito opuso tercera coadyuvante otro abogado, con un documento por valor de doce mil pesos. Reconocida la tercera en la sentencia de prelación de créditos interpuso el ejecutante demanda de casación, en la cual acusó de simulado el documento básico de la tercera porque en las posiciones absueltas por las ejecutadas confesaron que el documento aludido había tenido por objeto aminorar el crédito del ejecutante o lo que pudiera percibir con el embargo de los bienes, aunque dijeron que era exacto el contenido del documento.

«De estas posiciones resulta incompatible la verdad de la causa de la obligación contraída por las ejecutadas a favor del doctor Alvarado, con el propósito de aquéllas de perjudicar al ejecutante, procurando impedir que pueda hacer efectivo enteramente su crédito contra ellas. Por consiguiente, si de las posiciones dichas no resulta que la obligación que hace valer el tercerista doctor Alvarado carece de causa real, no puede decirse que sea simulada. Ade-

Págs.

más, dados los elementos probatorios que suministra la presente causa con relación al cargo que se examina, es oportuno reproducir como fundamento de este fallo, en respuesta a dicho cargo, lo que sobre esta materia ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, a saber: 'Que en materia de simulación, puede decirse que los Tribunales proceden según su convicción, y la Corte no puede ir hasta allá para rectificar la convicción que se hayan formado.' (Sentencia de 28 de marzo de 1901, *Gaceta Judicial*, xv, 142, 2ª) Que 'el principio de que los Tribunales tienen amplias facultades para apreciar las pruebas del proceso, tiene, si cabe, mayor aplicación, tratándose de una prueba como la de indicios, ya que el estimar la gravedad de ellos y las relaciones que guardan entre sí, y el saber hasta qué punto el elemento conocido hace verosímil la existencia del hecho desconocido que se trata de probar, son operaciones que por su naturaleza pertenecen a la inteligencia y a la conciencia del Juez, y escapan, por consiguiente, a la revisión de la Sala de Casación.' (Casación, octubre 6 de 1913, *Gaceta Judicial* xxvi, 212, 1ª), y Que 'la apreciación de indicios, suponiéndolos legalmente acreditados, es operación exclusiva del criterio y conciencia del juzgador, no sujeta, por lo mismo, al veto de la Corte como Tribunal de casación.' (Casación, octubre 10 de 1923, *Gaceta Judicial*, xxx, 350, 3ª)'' (Casación, xxxix, número 1884, abril 11 de 1932).....

578, 1ª
y 2ª

- DE CONTRATO. 253— Joaquín Guzmán demandó a Moses A. Sananes L. y a Atenais Reinales para que se declarase nula por simulación la venta hecha por Sananes a la segunda, y para que se declarase de la sucesión de María de Jesús Guzmán lo vendido. Absueltos los demandados en el Tribunal, recurrió el actor en casación acusando de violación de ley sustantiva la sentencia, por cuanto no había apreciado el Tribunal los indicios vehementes que demostraban la simulación del contrato. La Corte dijo sobre el primero de los cargos que el sentenciador sí había tenido en cuenta la confesión de Sananes hecha ante dos testigos, extrajudicialmente, de ser simulado el contrato, pero que había considerado que esa confesión había quedado desvanecida con las declaraciones de los testigos instrumentales de la escritura de venta que presenciaron el hecho del pago del precio por la compradora al vendedor. En cuanto al cargo de no haberse apreciado los indicios vehementes dijo:

«Ya se ha visto que esos indicios los tomó en cuenta el sentenciador, pero consideró que las explícitas declaraciones de los testigos Salvador Monzón y Félix M. Beltrán eran suficientes para desvirtuarlas, y para ello invocó la jurisprudencia de la Corte, y dijo: 'Si para probar la simulación de contratos se admite la prueba tes-

(1) Concordancias: números 3801, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte,» 3765, 3775, 3782, tomo 3º.

Págs.

timonial, según jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia (casación, 19 de abril de 1921, tomo XXVII, *Gaceta Judicial*, 340 3ª), no se ve la razón para desechar el testimonio de las personas que figuraron como testigos instrumentales cuando se trata de corroborar la verdad del contenido de una escritura pública. Las declaraciones de testigos que no versen sino sobre hechos de que pueden deducirse meros indicios, no pueden oponerse a los testimonios positivos y directos de los testigos instrumentales.' (Casación, 15 marzo 1923, tomo XXX, *Gaceta Judicial*, 26, 3ª)" (Casación, XXXIX, número 1880, junio 18 de 1931)..... 129, 1ª

SINGULARIZACIÓN DEL TERRENO EN LAS VENTAS POR CABIDA. 254—Pedro José Gómez demandó a José Hugo Soler para la restitución de los bienes reivindicados, previa declaración de ser dueño de ciento veinte cuerdas de tierras, «contenidas aproximadamente en el lote arriba alinderado,» dice la demanda. El Tribunal revocó el fallo de primera instancia y absolvió así al demandado de los cargos de aquélla. En casación contra la sentencia del Tribunal alegó el actor la violación del artículo 1888 del Código Civil, que hizo consistir en que el sentenciador consideró que la venta debía hacerse siempre como cuerpo cierto, cuando ese artículo reconoce dos maneras: la de la cabida y la del cuerpo cierto.

Dijo así el fallo del Tribunal:

«Se ha traído y llevado aquí el artículo 1888 del Código Civil, que trata de la venta de terrenos en relación con su cabida. Esa disposición sólo tiene aplicación entre las partes contratantes para el evento de que el predio determinado materia de la venta resulte con cabida diferente de la enunciada en el contrato, para el efecto de que el vendedor aumente extensión si resultare más pequeño, o el comprador devuelva si apareciere más grande, como también para la resolución prevista en el mismo Código. Pero esas disposiciones no autorizan la venta de cabida sin relación a terreno determinado, sino al contrario: la venta de cosa determinada con relación a su cabida. El comentador doctor Fernando Vélez propone y soluciona el caso que aquí se estudia, y hace ver cómo faltando la determinación del objeto, carece la compraventa de uno de sus elementos esenciales. Hé aquí sus apreciaciones: 'Se ha observado, y quizá con razón, que la venta por cabida no impide que ésta se perfeccione luego que se celebre, tanto respecto de la transmisión del dominio como de los riesgos de la cosa, para aplicar a esto las reglas generales. Es cierto que el precio puede sufrir modificaciones si resulta que la cabida que indique el vendedor es inexacta; pero esta eventualidad no evita que el precio se haya

Págs.

fijado, salvo rectificación de él. Además, como la cosa vendida está determinada, resultan los elementos esenciales para la perfección de la venta, que son el consentimiento, la cosa y el precio, *consensus, res, pretium*. 'Sin embargo, este resultado no se tendría en estos casos. Se vende cierta extensión, como diez hectáreas, que deben tomarse de tal precio, por un precio fijo, como \$ 1,000 la hectárea o por \$ 10,000 las diez. El precio está determinado pero no la cosa, porque no se sabe cuáles son las diez hectáreas vendidas, mientras no se midan, que es lo indispensable para demarcarlas. Por lo mismo, en este caso la venta no se perfeccionará sino cuando se midan las diez hectáreas, y mientras tanto no se transmite el dominio, y los riesgos de la cosa son por cuenta del vendedor.' «Estos conceptos que el Tribunal acoge y las consideraciones que preceden, están indicando a las claras que el demandante no pudo establecer con títulos su dominio sobre la cosa que pretende reivindicar. Cosa distinta es que pueda tener acciones contra quien celebró con él un contrato que no ha producido los efectos legales a que estaba destinado.»

Dijo la Corte:

«En esos conceptos no encuentra la Sala las violaciones de que habla el recurrente, porque aunque se haya vendido por cabida, es necesario singularizar el terreno, para poder saber en dónde principia a medirse la cabida vendida, pues de lo contrario no se sabe en qué parte del terreno queda la cabida vendida.» (Casación, XXXIX, número 1880, junio 1º de 1931) (1).... 122, 2ª

- **SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO.** 255—En un proceso por demoras contra varios individuos que desempeñaron como jueces un Juzgado, se declaró que había cesado el derecho de imponerles pena a dos de los sumariados por muerte de éstos, y prescrita la acción criminal contra tres de los restantes.

«Examinada la investigación, se encuentra que no logró acreditarse en forma alguna que al estudio de los mencionados señores hubiera pasado el proceso mencionado, y, por consiguiente, no existe la menor prueba que los comprometa o haga responsables en tal demora. En tal situación, lo procedente no es declarar que por

(1) Aunque el actor presentó con su demanda la escritura pública de compra de las ciento veinte cuerdas de tierras, el Tribunal se vio obligado a declarar que la cosa reivindicada no estaba singularizada, de conformidad con el artículo 946 del Código Civil. Es jurisprudencia constante de la Corte la de que la cosa reivindicada debe estar claramente determinada por linderos precisos, como puede verse de las siguientes doctrinas de casación que concuerdan con la anteriormente extractada: números 3443, 3447, tomo, 1º, «Jurisprudencia de la Corte,» 3385, 3408, 3421, 3426, 3429, 3432 3436, tomo 3º.

Págs.

muerte de los señores Bayer y Gartner ha cesado el derecho de imponerles pena (habría sido más acertado hablar de cesación del procedimiento o de terminación de la acción, porque lo otro presupone un llamamiento a juicio previo), ni tampoco declarar prescrita la acción criminal en contra de Echeverri, Taborda, De la Cuesta y Palomino, por el transcurso del tiempo, porque lo que conviene a los intereses de los que se sindicaron es la manifestación clara, nítida y precisa de su inocencia, la cual es preciso reconocer de preferencia a la prescripción, que dejaría pesando sobre la reputación de los vivos y sobre la memoria de los muertos, una situación sospechosa y nada favorable. Tal ha sido en casos como el presente la doctrina uniforme de esta Sala.» (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, xxxix, número 1883, febrero 26 de 1932).....

513, 2ª

SUBROGACIÓN DE UN INMUEBLE A OTRO DE UNO DE LOS CÓNYUGES. 256—Los esposos Santos López y Natalia Medina obtuvieron licencia para vender un terreno de propiedad de Natalia, denominado *El Guamo*, con la condición de que el terreno que se pretendía vender fuese subrogado por otro de igual valor. Compró entonces el cónyuge López el terreno de *Mutatea*, expresando en la escritura que hacía la compra para subrogarle a su esposa uno que le iba a vender con la respectiva licencia judicial, por ser condición indispensable estipulada en ésta. Diez días después los esposos López y Medina, haciendo uso de la licencia, vendieron a Angel Mendoza Leguizamo el terreno de *El Guamo*, manifestando que cumplían con esa venta el deber de subrogación que impuso la licencia. El terreno de *Mutatea* lo vendió Natalia Medina a Eduardo Medina V., quien demandó en juicio ordinario de reivindicación a Maximiliano Fernández y Casimiro Forero, y obtuvo sentencia favorable en el Tribunal. Contra el fallo recurrió Fernández en demanda de casación exponiendo que el Tribunal había violado el artículo 1789 del Código Civil, pues «en el lenguaje jurídico, la subrogación de que habla el artículo 1789—ora por la acepción de la palabra o por la forma en que quedó expresado el querer del legislador—es un imperativo categórico que la venta del inmueble de uno de los cónyuges preceda a la compra del que ha de sustituirlo o reemplazarlo; que primero se quite el uno para poner en su lugar el otro (no siendo, naturalmente, el caso de *permuta*, en que el fenómeno es simultáneo). Precisamente porque la ley no quiso que se entendiera por subrogación la simple equivalencia de un inmueble a otro; exigió un requisito necesario más, para establecer la precedencia que debe haber entre la venta del inmueble subrogado y la compra del inmueble subrogante.»

Dijo la Corte:

«Considera la Corte que la tesis del recurrente se ciñe demasiado a la letra del artículo 1789 del Código Civil. Lo esencial en la subrogación de un inmueble perteneciente a uno de los

Págs.

cónyuges por otro que se compra con ese objeto durante la sociedad conyugal, es que el valor del uno quede representado en el otro; que haya un cambio de cosas, de manera que no quede menoscabado el patrimonio propio del cónyuge cuya propiedad se vende, ni el de la sociedad conyugal, en virtud de la compensación de valores. Cuando tal compensación no se verifica exactamente, la ley prevé el caso declarando a quién corresponde el exceso o el defecto; artículo 1790 del Código Civil. Ahora bien: puede comprarse para la sociedad conyugal un inmueble con el ánimo de subrogarlo a otro que sea propiedad de uno de los cónyuges y que se pretende vender, sin que ese ánimo implique subrogación, hasta tanto que no se realiza la venta proyectada, expresando también en la escritura el ánimo de hacer la subrogación, y efectuándose, por consiguiente, la compensación de valores y la sustitución de un inmueble por otro, sin que sufra en lo mínimo el patrimonio de la sociedad conyugal. Y aquí cabe expresar que por el hecho de manifestarse en la compra del inmueble que hace la sociedad conyugal el ánimo de subrogar, no por ello hay subrogación, pues ésta no se verifica sino cuando se realiza la venta del bien que va a subrogarse al comprado anteriormente, expresándose así en las escrituras, con lo cual desaparece el argumento del peligro de que hubiera dos inmuebles que pertenecieran a un mismo tiempo exclusivamente a uno de los cónyuges: el propio y el que se comprará para subrogar a aquél. El artículo 1789 del Código Civil contempla el caso de que, vendido un inmueble perteneciente a uno de los cónyuges, durante el matrimonio, se compre con su precio otro para subrogarlo al primero. Y esa prescripción se cumple siempre que se lleve a cabo la inversión, sin parar mientes en que la venta del inmueble propio se verifique antes o después de la compra del que ha de reemplazarlo. Arguye el recurrente que habiéndose adquirido el inmueble de *Mutatea* bajo el régimen de la sociedad conyugal de los esposos López-Medina, cuyo capital social manejaba el marido, tal finca entró a hacer parte del haber de dicha sociedad, conforme al ordinal 5º del artículo 1781 del Código Civil, disposición legal que ha sido quebrantada por el Tribunal; pues adquirido a título oneroso el susodicho inmueble por el marido, con fondos de la sociedad conyugal, fue ésta y no la cónyuge Natalia Medina la adquirente del predio. De modo que la sentencia violó flagrantemente el precepto legal citado, al desconocer el derecho adqui-

Págs.

Págs.

rído por la sociedad de gananciales y declarar dueña del inmueble a la mujer. Este argumento cae por su base si se atiende a que el inmueble de *Mutatea* se compró por el marido con el ánimo de subrogarlo por el de *El Guamo*, perteneciente a la mujer, en cumplimiento de la sentencia que dio el permiso de comprar este último bajo la condición de que fuese subrogado el primero. Y como la subrogación se realizó, desde luego que el precio de *El Guamo* entró a compensar el invertido en *Mutatea*, no era el caso de considerar como perteneciente a la sociedad conyugal un inmueble que en definitiva se compró con fondos pertenecientes a la mujer, aunque la sociedad hubiera anticipado esos fondos para asegurar la operación a que estaban obligados los cónyuges por la sentencia que les permitió la enajenación del predio de propiedad de la mujer, situado en el paraje de *El Guamo*.» (Casación, xxxix, número 1884, abril 16 de 1932) (1).....

587, 2ª
y 588, 1ª

SUSPENSIÓN DEL CARGO DE CONCEJERO. 257—No corresponde decretarla a la Corte. El Gobernador de Cundinamarca remitió a la Corte la solicitud sobre suspensión de un Concejero Municipal para que ejerciera la atribución señalada en el artículo 74 del Código Penal, sobre nulidad del nombramiento o elección hecha.

«Aunque es verdad que el ordinal 2º del artículo 74 del Código Penal (Ley 19 de 1890) atribuye a la Corte Suprema la declaración de la elección de nulidad cuando el elegido ha sido inhabilitado por sentencia judicial para ejercer empleo público y se trata de empleos de elección popular, dicho texto legal ha sido modificado por disposiciones posteriores, tales como los artículos 38, inciso c), de la Ley 130 de 1913 y 189 de la Ley 85 de 1916, disposiciones éstas que han atribuido a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de las demandas de nulidad de las votaciones y actas de escrutinio de los Jurados de Votación, Jurados y Juntas Electorales, aun cuando la causal alegada sea la de inhabilitación o impedimento para ser elegido, como aparece claramente del artículo 183 de la Ley 85 citada, en relación con el 189 de la misma Ley.» En consecuencia, la Corte se declaró incompetente para conocer del negocio. (Auto, Sala de Negocios Generales, xxxix, número 1879, mayo 25 de 1931).....

99, 2ª

TANTO POR CIENTO CORRESPONDIENTE A LOS MUNICIPIOS EN LA RENTA DE LICORES. 258—Demandó un Municipio al Departamento de Boyacá para que se declarase que la participación a que tenía derecho el Municipio

(de Sotaquirá) en la renta de licores no era sobre el consumo en él, sino sobre el diez por ciento del producto de esa renta en el Departamento. Absuelto el Departamento, de los cargos de la demanda fue confirmada la sentencia en la Corte, la cual acogió el fallo del Tribunal de Tunja, que, en lo esencial, dice así:

«Sólo resta por averiguar si la segunda declaración—la que se ha transcrito—que se solicita en el libelo debe ser o no hecha por el Tribunal. Esta declaración equivaldría a decidir que la participación del Municipio de Sotaquirá, y con él la de todos los del Departamento, en la renta de licores monopolizados, debe ser, no el diez por ciento del producto bruto de la renta en el Municipio, sino cierta cantidad que como cociente resultara de dividir aquella que representara el diez por ciento (10 por 100) del producto bruto de la renta en el Departamento, por el número de Municipios que lo constituyen. El artículo 12 de la Ley VIII de 1909, expedida por la Asamblea Nacional, del cual derivan los Municipios sus derechos a participar en la renta de licores monopolizados, dice así en su primer inciso: 'Del producto bruto de las rentas cedidas por esta Ley a los Departamentos, se destinará el diez por ciento (10 por 100) de la de licores y degüello para los Municipios.' No aclaró la Ley si la participación de cada Municipio debía equivaler al diez por ciento (10 por 100) del producto bruto de la renta en el mismo, o al cociente a que antes alude; circunstancia por la cual quien debía y debe darle cumplimiento, es decir, el Gobierno del Departamento, se vio en la necesidad de interpretarla, y al efecto dictó el artículo 27 del Decreto número 202 de 1926, que ya se reprodujo, en el sentido de que la participación de cada Municipio debía computarse sobre el producto en el mismo. Estima la Sala que la interpretación que mejor consulta los principios de equidad y espíritu de la ley, es la de que la participación de cada Municipio en la renta de licores monopolizados debe liquidarse sobre el producto bruto de ella en el mismo, porque así como el aprovechamiento de los Departamentos en dicha renta en virtud de la cesión que de ella le hizo la Nación, versa únicamente sobre el producto en cada cual, igualmente los Municipios deben aprovechar su participación en proporción directa a lo que producen.» (Sentencia, Sala de Negocios Generales, xxxix, número 1882, julio 29 de 1930).....

394, 1ª

TERNAS PARA MAGISTRADOS DE TRIBUNAL SUPERIOR.—Unos Magistrados del Tribunal Superior de Medellín, considerándose menoscabados en sus derechos por estar desempeñando su cargo y con motivo de la formación de nuevas ternas que hizo la Asamblea de ese De-

(1) Salvó su voto el Magistrado doctor Juan E. Martínez.

Págs.

partamento, por haber sido anuladas las anteriores, demandaron por medio de su apoderado el doctor Eduardo Serna, ante la Corte, que ésta se abstuviese «de verificar el nombramiento de Magistrados del Tribunal Superior de Medellín a que os incita la Asamblea de Antioquia, al enviaros las nuevas ternas de Magistrados.»

Aprobó la Corte el informe, que rindió uno de sus Magistrados, el cual dice así:

«Se considera:

«Los motivos y efectos de la nulidad de las ternas y los que se derivan de la nulidad de la elección hecha por la Corte, pueden no ser los mismos. En el primer caso se aplica el principio de que siendo nula la causa, son nulas las consecuencias: *sublata causa, tollitur effectum*. La Corte no puede cumplir su misión de elegir sino sobre una terna; si ésta tiene un vicio que la hace desaparecer, el nombramiento que con base en ella se ha hecho, queda necesariamente sin valor. Y esto es así, porque aun cuando la sentencia que anule la terna se ejecute con posterioridad a la designación que haya hecho la Corte, tal nulidad surte sus efectos, no a partir de esa ejecutoria, sino a partir del acto mismo que se declara nulo.

«A propósito de los distintos efectos que se producen de la nulidad o de la inexecutable, por ejemplo, ha dicho la Corte en repetidas ocasiones que la primera invalida el acto desde su origen, lo cual tiene aplicación en el presente caso, en que se trata de un solo proceso electoral, que principia con la formación de la terna y termina con la elección que lleva a cabo la Corte.

«De suerte que la circunstancia de que hubiera mediado elección por la Corte, en nada altera, modifica o cambia la situación jurídica que resulta o debe resultar de la nulidad de las ternas, mejor dicho, por el hecho de esa elección no se subsana lo que en principio es nulo.

«Puede suceder que no exista motivo alguno de nulidad en la elección que haga la Corte, y sí en la elección de la terna; en ese caso no se ve la razón para que haya necesidad de demandar ambas cosas, sobre todo si se tiene en cuenta que la elección verificada por la Corte constituye, como ya se dijo, un segundo acto en el proceso electoral, que está íntima, directamente relacionado con el hasta cierto punto principal, que cumple la respectiva Asamblea Departamental, de llenar la función de presentar la terna.

«La elección fue llevada a cabo entonces por la Corte, no obstante estar cursando el juicio de nulidad de las ternas, por no existir motivo le-

Págs.

gal para suspender la designación, pero naturalmente, quedando sujeta a los resultados de aquel juicio.

«Si se exigiera, como pretende el doctor Serna, que en un caso como el actual hubiera necesidad de demandar tanto la nulidad de las ternas como la de la elección verificada por la Corte, para que esa nulidad tuviera plena eficacia, podría hacerse nugatoria esa acción; pues es bien sabido que la demanda para la nulidad de las primeras debe presentarse dentro de los cuatro días siguientes al en que se hayan hecho, y como dentro de ese angustioso plazo es imposible que la Corte elija, elección que puede demorarse por cualquier causa, y que puede estar libre de toda tacha en sí misma, el juicio primitivo y fundamental tendría que subordinarse a contingencias futuras, sin necesidad y sin motivo.

«El derecho que tiene un Magistrado de Tribunal para conservar su puesto durante el respectivo período, y salvo los casos de inhabilidad, pérdida o suspensión que prevén la Constitución y la ley, no depende del solo hecho de la elección que haga la Corte, seguida de la respectiva posesión; para que tal cosa sucediera, se necesitaría que la Corte tuviera facultad de hacer el nombramiento directamente, tal como se han pretendido reformar las disposiciones vigentes. Mas como esa elección la verifica la Corte con base en la terna que da la Asamblea, necesariamente tiene que estar subordinada su elección a los resultados del juicio de nulidad de las ternas, cuando tal juicio se inicia; y que en el presente caso ese juicio se inició antes de la elección por la Corte y de la respectiva posesión, es cosa evidente.

«En esa situación no cabe alegar derechos adquiridos, porque éstos se respetan cuando existe justo título con arreglo a las leyes civiles, mas no cuando tal título no existe en sus orígenes; y a ello equivale la nulidad declarada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

«....Advierte la Corte que se ha visto en la necesidad de entrar en las consideraciones anteriores, no para declarar nulidades de carácter electoral, que a ella no le corresponde, sino para concluir, como concluye la parte resolutive, que no puede abstenerse de cumplir la función constitucional de elegir, en acatamiento a la sentencia pronunciada por la jurisdicción contencioso-administrativa, en presencia de las ternas que, por consecuencia de ese fallo, le fueron enviadas por la Asamblea de Antioquia, y para cumplir la obligación de resolver la petición elevada por el doctor Eduardo Serna.»

Págs.

(Informe aprobado por la Sala Plena de la Corte, XXXIX, número 1880).

106, 1ª
y 2ª

El Magistrado José Miguel Arango manifestó que no le daba su voto a la parte motiva del informe, y el Magistrado Enrique A. Becerra, que se oponía a lo resuelto por la Corte, por estimar que dicha resolución decidía sobre una controversia cuyo conocimiento correspondía al Consejo de Estado.

TESTIGOS. 260—Varias demandas fueron establecidas por Alejandro Anaya y otros ante el Juez de Lorica, contra Daniel Nieves Polo, y entre ellas la que pidió que se declarase a favor de la sucesión de Daniel J. Nieves Ch. la propiedad de una casa, lo que decretó el Tribunal de Cartagena. En casación intentada por el demandado contra esa sentencia se alegaron varios motivos que prosperaron ante la Corte, la cual casó parcialmente la sentencia. Uno de ellos, que no tuvo igual suerte, dijo que el Tribunal no debió tener en cuenta para establecer el derecho que tenía la sucesión de Nieves Ch. la reclamar indemnización por el valor de la edificación, la prueba testimonial, por tratarse de un hecho que se resolvía en la entrega de una cosa cuyo valor era mayor de quinientos pesos, como se deducía de la cuantía señalada por los actores en el libelo de demanda. En concepto del autor del recurso, al aceptar el Tribunal la prueba testimonial en ese caso, no habiendo un principio de prueba por escrito, violó por modo directo los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887, el artículo 1767 del Código Civil y el 682 del antiguo Código Judicial.

«A esta objeción se responde con la jurisprudencia sentada por la Corte en caso análogo, que dice así:

‘Es admisible la prueba testimonial para acreditar por cuenta y costo de quién se construyó una casa; pues no se trata aquí de probar la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos, sino de un hecho que no tiene relación con el valor de la casa.’» (Véase sentencia de 17 de septiembre de 1920, *Gaceta Judicial*, tomo 20, página 130). (Casación, XXXIX, número 1879, mayo 28 de 1931.....)

59, 2ª

TRADICION LEGAL Y TRADICION MATERIAL DE LOS BIENES RAICES. 261—Gregoria Medina vendió una casa a la comunidad dominicana de Tunja, y en la escritura de venta estipuló que quedaba con el derecho de usufructo de ella hasta la muerte de la vendedora. No habiendo pagado la comunidad el precio total de la casa, los herederos de la vendedora pidieron primeramente la nulidad por simulación de contrato y subsidiariamente la resolución. Decretada ésta, se alegó en demanda de casación que no habiéndose entregado la casa por la vendedora, mal podían tener los herederos derecho a la acción resolutoria por falta de pago, porque faltaba el requisito esencial de la entrega previa de la casa.

«El recurrente apoya la violación de las disposiciones citadas, en el si-

Págs.

guiente aparte de la sentencia del Tribunal:

‘La mora del comprador resulta de la misma confesión desvirtuante de la declaración de la escritura, en cuanto en ésta se dice que se pagó el precio, pues si no fue así, y el contrato no establece plazos para el efecto, hay que dar por sentado que ese pago debía hacerse en el lugar y al tiempo de la entrega de la casa comprada, según lo estatuido en el inciso 1º del artículo 1929 del Código Civil. Mas como esa entrega, en tratándose de la compraventa de bienes raíces, se consuma con la inscripción del título en la oficina correspondiente (artículo 756 ibidem), síguese que el pago total ha debido verificarse el 10 de diciembre de 1914, en que tuvo lugar tal inscripción, o sea al día siguiente al de la fecha de la escritura que da fe de la compraventa. No se hizo así, luego la mora es patente, y por ende, la existencia de la acción resolutoria.’

«En Derecho Romano la venta no transmite la propiedad, es simplemente una de las causas o títulos de la tradición, que consiste en la entrega material de una cosa con intención de transferir la propiedad a una persona que tiene el ánimo de adquirirla. Es, en una palabra, la entrega de la posesión con los dos elementos que la componen, *corpus* y *animus*. Aquél es el elemento material, éste el inmaterial. La venta, por tanto, sólo genera obligaciones personales; el comprador adquiere, no derechos sobre la cosa, sino derecho a que ésta se le entregue. La propiedad de ella queda en el patrimonio del vendedor, mientras éste cumple con la obligación de entregarla materialmente al comprador, requisito indispensable para que se opere la mutación del derecho de propiedad.

«Pero en Derecho Romano no siempre era necesaria la entrega material para transferir el dominio y la posesión. La *mancipación*, modo de adquirir la propiedad por venta, otorgaba a los ciudadanos romanos el derecho de transmitir la propiedad por medio del peso y la balanza. Exigióse en un principio la presencia de la cosa; mas luego se eliminó esta condición en las ventas de bienes raíces. Por manera que la *mancipación* transmitía por sí la propiedad raíz, sin que fuese menester la entrega material de la cosa, no obstante de que fuera una obligación adscrita al vendedor.

«Los romanos reconocieron en la *mancipación*, que la entrega material no era esencial para la adquisición del dominio y de la posesión de bienes raíces. Es que el patrimonio de cada persona—en el campo de la ciencia

Págs.

moderna—está formado, no de cosas, sino de derechos sobre las cosas y de derechos a las cosas, derechos que en su esencia son inmateriales. Y es que si el derecho es el vínculo jurídico que une al sujeto del derecho con el objeto, es preciso no desvirtuar su naturaleza, ideológica en un todo, encadenándolo a un hecho físico, el cual es la entrega material. Y es que físicamente es imposible hacer una entrega completa de un bien raíz, como que no es dable entregar molécula por molécula: la entrega simbólica se impone, como lo reconocen eminentes filósofos del derecho. Y es que no hay razón ni conveniencia para tornar los elementos naturales de la venta en esenciales.

«Empapado el legislador francés en las ideas expresadas, reconoció en el Código Civil, fuente mediata del nuestro, los contratos como medio directo de adquirir la propiedad, ora sea de bienes muebles, ora de bienes raíces. Entre los modos de adquirir el dominio no figura la tradición, no obstante de ser la entrega una de las obligaciones que le impone al vendedor. Adoptó así un sistema uniforme, armónico con la razón y con la conveniencia: el derecho de propiedad es inmaterial, luego ha de transmitirse de un patrimonio a otro con el concurso de voluntades de los contratantes, siempre que sean capaces y obren dentro de la ley. Transmitido el dominio por una convención, no hay motivo plausible para dejar la propiedad en el patrimonio del vendedor, sujeta la transmisión a un nuevo acto de voluntad y a la entrega material de la cosa.

«El Código Civil de Chile, lo mismo que el de Colombia, adoptaron un sistema mixto: la tradición de los bienes muebles no se efectúa sino mediante la entrega de la cosa; la de los bienes raíces se realiza simbólicamente por medio del registro de la escritura respectiva. La mutación del dominio y de la posesión de los muebles requiere entrega del bien, y la de los inmuebles ha menester del registro. La tradición de los muebles exige, pues, *animus* y *corpus*; aquél lo constituye la voluntad del dueño de transmitir la propiedad a una persona que quiere adquirirla, y éste, la entrega de la cosa a que se refiere el concurso de voluntades del tradente y del adquirente. La tradición de los inmuebles, en el sistema de nuestra legislación, necesita *animus* y *registro*, esto es, concurso de voluntad de los contratantes e inscripción de la escritura. La tradición de los muebles difiere, por tanto, esencialmente de la de los inmuebles.

«Para facilitar la transferencia de la propiedad raíz, para darle firmeza

Págs.

y para hacerla pública, el legislador chileno estableció la inscripción para la transmisión de inmuebles y para las limitaciones y gravámenes que se constituyan sobre ellos. La tradición del dominio de bienes raíces, lo mismo que la de los derechos constituidos sobre ellos, se efectúa por el registro del título, que transmite al propio tiempo propiedad y posesión. La Oficina de Registro indica en un momento cualquiera el propietario y poseedor del inmueble, así como las limitaciones y gravámenes que se le hayan impuesto, sin que sea preciso para ello inquirir quién es el ocupante. Hecha y registrada la escritura de venta, el comprador adquiere el dominio y posesión de la cosa comprada; la entrega material, bien que es una de las obligaciones del vendedor, no es de la esencia de la tradición. La Corte ha establecido la doctrina uniforme desde hace mucho tiempo, y según consta en un número crecido de sentencias, de que la tradición del dominio de bienes raíces no ha menester de la entrega material, ya que se efectúa simbólicamente por inscripción del título en la Oficina de Registro de instrumentos públicos.

«Es claro en su letra y en su espíritu el artículo 756 del Código Civil, que dice así:

‘Se efectúa la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la Oficina de Registro de instrumentos públicos. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, constituidos en bienes raíces y de los de habitación o hipoteca.’

«En armonía con los dos apartes anteriores, el dominio se transmite del patrimonio del vendedor al del comprador con el registro de la escritura. La entrega material del bien raíz no es de la esencia de la compraventa, pero sí es una obligación del vendedor como consecuencia de la transmisión del derecho de dominio.

«Sostiene el recurrente que la vendedora y sus herederos no entregaron materialmente la casa, y que, en consecuencia, es improcedente la acción resolutoria.

«La Corte observa que, como la comunidad compradora aceptó la estipulación pactada con la vendedora, de que se reservaba el usufructo de la casa vendida, natural es que la vendedora quedó relevada de la obligación de hacer entrega material de la casa sobre la cual se había reservado el usufructo; pues si se hiciera esa entrega a la comunidad, la vendedora no podría usufructuarla, contrariándose así una cláusula del contrato ex-

Págs.

presamente consentida por la comunidad. Esta, al aceptar la reserva hecha por la vendedora del usufructo de la casa, la exoneró de la obligación de hacer la entrega precisamente para que se pudiera ejecutar la cláusula de la reserva. Ahora: los herederos de la vendedora no están en mora de cumplir la obligación de entregar, primero, porque demandaron la nulidad o la resolución, y segundo, porque la obligación de pagar el precio tenía de cumplirse durante la vida de la vendedora, de suerte que el comprador incurrió en mora antes de que llegara la oportunidad por parte de la vendedora, de cumplir sus obligaciones.

«En conclusión: el cargo es jurídicamente inaceptable.» (Casación, xxxix, número 1884, marzo 30 de 1932.

564, 2ª
y 565, 1ª
y 2ª

U

USUFRUCTO SUCESIVO TESTAMENTARIO. 262.—Juan de J. Villalobos le compró a Mercedes Benavides el derecho de usufructo en una tienda, como sustituta usufructuaria la vendedora de Amalia Benavides de Sánchez, su madre, a quien le había legado Leoncia Benavides ese derecho. Muertas la causante y la usufructuaria principal, y no habiéndose incluido en la partición de los bienes de aquella el usufructo legado, demandó Villalobos a la heredera universal, Sara Montañés, para que cumpliera el legado y le pusiera en posesión de él. Aunque ganó el pleito en primera instancia, lo perdió en segunda, por lo cual recurrió en demanda de casación contra la sentencia del Tribunal de Bogotá acusándola de haber interpretado erróneamente el artículo 828 del Código Civil, y de violación del artículo 823 del mismo.

«La señora Benavides constituyó por testamento un usufructo sucesivo en estos términos:

‘Quinto. Lego a mi hermana, la señora Amalia Benavides de Sánchez, el derecho de usufructo sobre mi tienda o local expresado en la cláusula precedente, cuya situación.... La legataria tendrá derecho a dicho usufructo durante su vida, y a su muerte pasará él a su hija Mercedes Benavides, también durante su vida, y a la muerte de ésta el usufructo se consolidará con la nuda propiedad.’

«Por la cláusula octava instituyó la testadora heredera universal a su hija natural Sara Montañés. El día diez de junio de mil novecientos veintiséis falleció la testadora Leoncia Benavides, y cincuenta días después, el 30 de julio de ese año, murió la legataria Amalia Benavides. El Tribunal, fundado en el inciso 2.º del artículo 828 del Código Civil, sostiene que Mercedes Benavides, segunda usufructuaria, no tiene derecho al usufructo porque éste le fue deferido a la primera.

El artículo 828 del Código Civil dice:

Págs.

‘Se prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos. Si de hecho se constituyeren, los usufructuarios posteriores se considerarán como sustitutos, para el caso de faltar los anteriores, antes de deferirse el primer usufructo. El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros, pero no durará sino por el tiempo que le estuviere designado.’

«El artículo 1013 del Código citado, que el Tribunal relaciona con el anterior, se expresa así:

‘La *delación* de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla. La herencia o el legado se *deferre* al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente; o en el momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional....’

‘A la luz de estos preceptos legales que regulan la materia, dice el Tribunal, Mercedes Benavides no pudo ser usufructuaria sustituta de Amalia Benavides, porque la testadora Leoncia Benavides murió el diez de junio de mil novecientos veintiséis, de donde se concluye, con toda claridad, que el usufructo de la tienda tantas veces citada, se *deferió* a la primera usufructuaria y que por consiguiente ésta no faltó antes de deferirse el primer usufructo, caso en el cual hubiera podido ser Mercedes usufructuaria sustituta.’

«Acusa el recurrente la sentencia invocando la primera causal de casación, por errónea interpretación del artículo 828 del Código Civil, porque si es verdad que el legado se *deferió* desde la muerte de la testadora, no así el usufructo, porque la ley establece claramente que el legado se *deferre* a la muerte del testador, mas respecto del usufructo, como derecho real que es, se hace indispensable su efectividad para que se pueda deducir de ahí que se ha deferido en el sentido en que la ley toma esta palabra en el artículo de cuya interpretación se trata, desde luego que tal disposición en su último inciso exige que exista un usufructo que haya tenido efectos para que puedan los otros considerarse como caducados. Al afirmar el Tribunal, sigue diciendo el recurrente, que el inciso 2.º del artículo 828 del Código Civil está indicando de una manera precisa en qué casos tienen entrada los usufructuarios posteriores cuando faltan los anteriores antes de deferirse el primer usufructo, incurre en el error de prescindir en absoluto de la explicación que el legislador consigna en el tercer inciso de la disposición: ‘el pri-

Págs.

Págs.

mer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros,' frase con la cual no se hace sino ratificar de modo expreso, la característica esencial, de recho de suyo real. En el caso que se estudia, el usufructo constituido en favor de Amalia Benavides de Sánchez no tuvo efecto alguno, puesto que ésta murió sin haber usufructuado aquello sobre lo cual gravitaba su derecho, luego no puede haber habido la pretendida caducidad con respecto al derecho constituido por Leoncia Benavides en favor de Mercedes, y en tales circunstancias es claro que el Tribunal ha violado la disposición consignada en el inciso tercero del artículo 828 citado, que exige como requisito ineludible la efectividad del usufructo a fin de que esta efectividad sea capaz de hacer caducar el derecho de usufructuarios posteriores. En el mismo orden de ideas considera violado el artículo 823 del Código Civil, que establece como esencia del usufructo el ser un derecho real, pues el Tribunal le ha dado la característica de un simple legado de especie, o sea de un crédito en contra de la sucesión. Este crédito ineficaz, que no asumió el carácter de usufructo, no ha podido hacer caducar el usufructo constituido a favor de Mercedes Benavides. Considera la Corte que tratándose como aquí se trata de un usufructo constituido por testamento, el Tribunal aplicó correctamente los cánones que rigen esta institución. No puede negarse que siendo el legado un usufructo, cuando murió la testadora se defirió el legado y por lo tanto el usufructo, esto es, se llamó a la legataria a aceptarlo o repudiarlo. La usufructuaria llamada en primer término no faltó, ni por muerte ni por indignidad, ni por otra causa antes de deferirse el primer usufructo, y por lo mismo no puede tenerse como sustituta a la legataria llamada en segundo término. Pudo la señora Amalia Benavides, sin entrar a gozar del usufructo, renunciar al legado y faltar por ello después de habersele deferido. En este caso no habría tenido cabida el segundo usufructo, porque el inciso exige que la falta ocurra antes de deferirse el usufructo para que pueda efectuarse la sustitución. Y este argumento contesta la disertación del recurrente acerca de la aplicación del inciso 3º del artículo 828 del Código Civil, pues si la ley hubiera querido que en tratándose de usufructos sucesivos o alternativos constituidos por testamento, fuera preciso que el primer usufructuario entrara a disfrutar de la cosa fructuaria como hecho necesario para producir la caducidad de los otros, no habría ni empleado el término deferir, ni habría puesto como condi-

ción para la efectividad de éstos, el que llegara a faltar el primer usufructuario antes de deferirse el usufructo, ya que, como se ha dicho, la falta puede ocurrir por renuncia después de la delación del legado, y en ese caso, aunque el renunciante no hubiera empezado a gozar de la cosa fructuaria, no podrían considerarse como sustitutos a los usufructuarios sucesivos o alternativos, porque para ello, según el texto expreso, se requeriría que la falta ocurriera antes de deferirse el primer usufructo.» (Casación, xxxix, número 1881, septiembre 26 de 1931)

291, 1ª
y 2ª y
292, 1ª

V

VENTA. 263—Camilo Castaño demandó a Calixto Henao en juicio de reivindicación de unas mejoras situadas en terrenos baldíos, ganando el pleito ante el Tribunal de Ibagué. En demanda de casación contra la sentencia se expuso como motivo el no haber tenido en cuenta el Tribunal un documento privado de venta de las mejoras por el actor a Henao, y se dijo que la acción pertinente debió ser la que señala el artículo 1546 del Código Civil.

«El Tribunal sí tuvo en cuenta el convenio privado que hubo entre Castaño y Henao, en virtud del cual aquél entregó a éste y a Crisanto Henao las mejoras con determinadas condiciones. De esto habla al referirse al punto f) de la demanda, que versa sobre la mala fe atribuida al demandado; pero agrega que el pacto *debía perfeccionarse por instrumento público*. Tratándose de una venta de mejoras en un inmueble, que son bienes raíces, era necesario efectuarla por escritura pública, de conformidad con el artículo 1857, inciso 2.º, del Código Civil. Parece que lo que hubo entre las partes fue una promesa de venta y a los autos no se trajo el documento respectivo. De suerte que, no probada la promesa, ni el otorgamiento de la escritura de venta, pudo estimar el Tribunal que las mejoras, aunque entregadas materialmente a Henao, no habían salido del dominio de Castaño. La Corte no halla injurídica esta conclusión, apoyada en el susodicho artículo del Código Civil... » (Casación, xxxix, número 1880, junio 24 de 1931) (1).

150, 1ª

VENTAS DE BIENES DEL MARIDO O DE LA MUJER EN PLENA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. 264—María Francisca Hernández de Oliveros promovió juicio de tercera coadyuvante en el ejecutivo que con acción real seguía Antonio Salazar contra el esposo de aquella, Luis María Oliveros. Alegaba la Hernández que el Tribunal había violado varias disposiciones legales al negarle la prelación que le correspondía al crédito de ésta contra la sociedad conyugal por el préstamo de un di-

(1) Concordancia: número 1503, tomo 1.º, «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

nero procedente de un bien raíz de la mujer, vendido por el marido durante el matrimonio.

«No cita la recurrente cuál sea la disposición sustantiva que el Tribunal hubiera violado al negar el pago de la tercería de la señora Oliveros, lo que era necesario, conforme al numeral último del artículo 9.º de la Ley 90 de 1920; pero admitiendo que la recurrente se refiriera al numeral o inciso 1º del artículo 2504, en relación con el numeral 3.º del artículo 2502 del Código Civil, que citó al promover la demanda de tercería, se ve que la interpretación dada por el Tribunal a dichas disposiciones en relación con la tercería de la señora de Oliveros, lejos de ser errónea, es correcta, pues el sentenciador reconoció lo que se transcribió a propósito de la causal segunda, o sea en resumen que, «si bien es cierto que la sociedad conyugal Oliveros Hernández adeuda al cónyuge María Francisca Hernández de Oliveros el valor de los bienes que de ésta se hayan vendido durante el matrimonio, también es cierto que mientras tal sociedad no se haya liquidado, o mejor dicho, mientras tal sociedad no se haya disuelto, condición indispensable para que se liquide, no se hace exigible la restitución a la Hernández de tales sumas, pues cualquier pago que se haga a ella durante la existencia de la sociedad conyugal sería la sociedad conyugal quien lo recibiría»; concepto que concuerda con lo que dispone el artículo 1797 del Código Civil, y con los artículos 1806 y 1820 de la misma obra, según los cuales, vendida alguna cosa del marido o de la mujer, la sociedad deberá el precio al cónyuge vendedor; que el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, y que la sociedad conyugal no se liquida sino cuando se disuelve en los casos señalados por el artículo últimamente citado. Hay prueba de que la señora Hernández de Oliveros dio a su esposo, que es el ejecutado, durante el matrimonio con él, la suma de tres mil pesos moneda corriente, y que esa suma hacía parte del valor de una finca raíz que era de propiedad exclusiva de dicha señora; pero no aparece que por la disolución y liquidación de la sociedad conyugal Oliveros-Hernández, deba ésta restituir ese valor al cónyuge que lo aportó. El hecho de que la sociedad conyugal nombrada esté hoy insolvente, no es por sí suficiente, sin que haya mediado el juicio respectivo para decidir que ya es el momento de la restitución del aporte del cónyuge tercerista. El cargo no es, pues, fundado.» (Casación, XXXIX, número 1884, abril 4 de 1932).

573, 1ª
y 2ª

Págs.

rez, le vendió a Luis Hernández Gutiérrez una sexta parte en un terreno común, y éste le vendió a Jesús Mogollón lo que había comprado a aquélla; cuando ya Paulina llegó a la mayor edad y estando casada con Ernesto Rivadeneira, le vendió la misma sexta parte en ese terreno a Enrique Quintero, cuatro años después de la primera venta. Jesús Mogollón demandó la partición del terreno común, a lo cual se opuso Quintero siguiéndose luego el correspondiente juicio de oposición en que fue vencido en ambas instancias el opositor, el cual demandó la casación de la sentencia del Tribunal acusándola de haber violado varias disposiciones de la ley sustantiva.

«Pudo el Tribunal haber errado en cuanto al hecho alegado por el demandado Quintero como fundamento de la excepción por éste opuesta con el nombre de nulidad, o sea el haber vendido Paulina Hernández Gutiérrez, cuando era ya mayor de edad, lo mismo que siendo menor adulta había vendido a Luis Hernández Gutiérrez; pero de ese error no se sigue que el sentenciador hubiera violado las disposiciones que cita el recurrente al decir el Tribunal que el contrato tiene existencia legal que debe respetarse mientras no sea rescindido, y que prevalece sobre el celebrado por Paulina Hernández Gutiérrez con Enrique Quintero, porque, en primer lugar, no emite concepto sobre ratificación de la primera venta por la segunda. En segundo lugar, porque si bien no aparece en autos la partida del matrimonio entre Paulina Hernández G. y Ernesto Rivadeneira, este punto no fue discutido en las instancias del juicio y por lo mismo no puede tenerse en cuenta en casación para desechar la apreciación del Tribunal. En tercer lugar, porque Quintero procedió en el contrato con la Hernández sobre la base de ser cierto ese matrimonio; y porque en el último contrato la propia Hernández Gutiérrez reservó la ratificación de la venta a Quintero a un hecho posterior, cual fue la licencia judicial que obtuviera. Por consiguiente, no puede concluirse con entera seguridad que hubiera el propósito evidente de la señora Hernández Gutiérrez de desistir desde entonces de la acción de nulidad que en su beneficio exclusivo tenía y que le quedó en virtud de esa reserva. En presencia de esa situación y mientras no se decida sobre la eficacia del contrato entre los dos Gutiérrez, no puede decirse que el Tribunal interpretara erróneamente el hecho alegado por el demandado como excepción y violara las disposiciones que cita el autor del recurso. No el inciso 3.º del artículo 766 del Código Civil, porque el sentenciador no ha dicho que sea justo título el que adolece de un vicio de nulidad, sino que estando sin rescindir la venta entre los Hernández Gu-

Págs.

Págs.

tiérrez, de donde deriva su título el comunero Mogollón, es preferente el título de aquella venta por ser más antiguo que el de Quintero. Tampoco los artículos 1502, 1503 y 1504 de la misma obra, porque no ha declarado que Paulina Hernández G. hubiera celebrado como persona completamente capaz el contrato a que se refiere el recurrente. Ni ha afirmado el sentenciador que la nulidad relativa no pueda sanearse por el transcurso del tiempo fijado por la ley, o por la ratificación de las partes, para que hubiera violado el artículo 1743 del Código Civil; ni tampoco que no pueda declararse nulo un contrato a que falte algún requisito que la ley prescribe para su validez, según la calidad o estado de las personas que los ejecuten o acuerden. Lo que ha dicho el Tribunal es que no habiéndose rescindido el contrato entre los Hernández Gutiérrez, tiene eficacia legal que constituye una ley para las partes mientras no sea invalidado por consentimiento mutuo o por sentencia judicial, previo juicio en que sean oídas las mismas partes que lo celebraron, conclusiones que lejos de ser injurídicas se acomodan a los principios en materia de contratos y de nulidades sustantivas. Tampoco aparece entre los conceptos emitidos por el Tribunal el de que se hubiera efectuado la ratificación del contrato celebrado entre los Hernández Gutiérrez por algún medio legal, con lo cual hubiera podido herir el artículo 767 del Código citado. Nada dice el Tribunal respecto de ratificación. Por último, no violó directamente el Tribunal el artículo 1873 del mismo Código, al darle preferencia al título de Mogollón sobre el aducido por Quintero, porque tanto el título de Mogollón (escritura número 292 de junio de 1916), como el otorgado por Paulina Hernández Gutiérrez a Luis Hernández Gutiérrez (escritura número 268 de 8 de junio de 1916), fue-

ron registrados primero que el de Quintero, y por consiguiente a Mogollón se le transfirió el derecho de dominio en la cuota indivisa en los terrenos materia de la división, por lo cual era el caso de dar preferencia a ese de Mogollón, como lo hizo el Tribunal, mientras no se rescinda legalmente por el vicio de que adolece. Lejos de violar el Tribunal el artículo 1873 del Código Civil con la preferencia que dio a dicho título, se ajustó a lo que él dispone y a la interpretación constante dada por la Corte a tal artículo cuando se trata de dos ventas sucesivas.» (Casación, xxxix, número 1881, julio 31 de 1931) (1)....

226, 2ª
y 227, 1ª

VEREDICTO. 266—Un recurrente en casación contra una sentencia de Tribunal que le condenó como reo de homicidio voluntario, pretendió que había sido notoriamente injusto el veredicto del Jurado y atacó la sentencia por violación de ley sustantiva.

«Desde luego se observa que si la Sala entra a considerar en casación el aspecto de la injusticia notoria, es porque conforme a jurisprudencia sentada al respecto, así tiene de hacerse cuandoquiera que tal punto ha sido materia de debate en las instancias, pues entonces a ese respecto debe examinarse si ha habido violación de ley por parte del juzgador.» (Casación, xxxix, número 1879, noviembre 13 de 1931)

83, 1ª

VIOLACIÓN DE LEY. 267—No se viola una disposición porque el sentenciador no la cite textualmente; se viola cuando se va contra lo que ella dispone, aunque la cita no sea textual. (Casación, xxxix, número 1880, junio 1º de 1931).

122, 1ª

(1) Concordancias: números 3108, 1419, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte.» 1694, 2123, 2127, 3586, tomo 2º, 1192, 1386, 1468, 1469, 1472, 3356, 3396, 4056, 4065, tomo 3º. Concuerda con estas doctrinas la «Jurisprudencia de los Tribunales,» número 5823, tomo 2º, y las «Doctrinas legales del Tribunal de Ibagué,» obra del doctor Antonio Rocha, número 317.

TABLA

de las disposiciones constitucionales, legales y administrativas interpretadas, comentadas o aludidas por la Corte en el presente tomo XXXIX.

CONSTITUCION NACIONAL		CODIGO CIVIL		CÓDIGO JUDICIAL		LEYES CITADAS	
Artículos	Números	(Continuación)		Artículos	Números	LEY 47 DE 1867	
121	80, 164	Artículos	Números	147	20	Artículos	Números
126	163	1615	191	270	70	--	16
ACTOS LEGISLATIVOS		1620	191	279	99	LEY 70 DE 1871	
NÚMERO 3 DE 1910		1625	64	340	196	Artículos	Números
Artículos	Números	1677	204	454	192, 193, 194	--	16
52	113, 114	1758	150	467	112	LEY 60 DE 1872	
33	80, 113, 164	1759	64, 151, 152	479	61	Artículos	Números
41	65, 146	1760	153	495	19	--	16
62	197	1769	250	516	190	LEY 61 DE 1874	
NÚMERO 12 DE 1914		1781	108	541	149, 150	Artículos	Números
Artículos	Números	1792	13	545	149	12	11
1	163	1857	14, 15, 153	556	60	LEY 292 DE 1875	
52	163	1871	204	539	150	Artículos	Números
CODIGO CIVIL		1888	254	568	64	82	173
Artículos	Números	1899	82	587	44, 142	53	173
71	79	1904	106	590	44, 142	62	172
219	132	1930	145	652	122	LEY 53 DE 1882	
221	132	1934	250	656	89, 190	Artículos	Números
351	162	1948	236, 242	678	149, 150	334	196
353	162	1965	54	683	69	LEY 84 DE 1882	
358	162	2146	168	684	69	Artículos	Números
395	105	2147	168	686	68	--	16
421	189	2313	54	706	149, 150	LEY 87 DE 1886	
653	71	2315	54	728	149	Artículos	Números
659	15	2316	54	734	149	82	173
665	71	2341	75, 191	824	246	53	173
739	1	2343	75, 191	835	70	62	172
757	2	2347	60	837	41	LEY 53 DE 1882	
762	2	2356	75, 191	946	90, 161	Artículos	Números
764	18, 232	2373	54	1072	68	334	196
766	120, 198, 202	2379	54	1082	235	LEY 84 DE 1882	
768	99	2394	54	1096	92	Artículos	Números
769	18, 120, 198, 232	2359	191	1297	20	--	16
770	18, 232	2521	105, 199	1310	85	LEY 38 DE 1887	
789	2	2525	202	1312	20	Artículos	Números
791	204	2528	204	1621	122	12	11
810	204	2606	68	NUEVO CODIGO JUDICIAL		LEY 87 DE 1886	
816	204	2607	68	(LEY 105 DE 1931)		Artículos	Números
820	204	2652	247	Artículos	Números	--	16
CODIGO DE COMERCIO		2659	113	435	131	LEY 38 DE 1887	
Artículos	Números	2673	113, 153	437	131	Artículos	Números
900	20	2675	153	1228	20	32	171, 174
946	15	CODIGO PENAL		CODIGO FISCAL DE 1873		LEY 57 DE 1887	
946	2, 229	Artículos	Números	Artículos	Números	Artículos	Números
947	71	291	201	2072	16	52	65, 118
950	15	313	201	2094	16	22	105
961	2	730	74	2096	16	34	75
963	2	956	117	2138	16	234	5
964	2, 18, 232	CODIGO FISCAL DE 1912		2164	16	265	5, 160, 176, 177
1137	118	Artículos	Números	CODIGO DE MINAS		266	5
1323	120, 198	33	124	Artículos	Números	276	160
1394	187, 188	117	55, 57	12	16	311	177
1460	118	140	56	CODIGO FISCAL DE 1873		LEY 124 DE 1887	
1468	3, 91	141	56	Artículos	Números	Artículos	Números
1469	3	284	55	--	16	--	16
1470	118	585	77	CODIGO DE MINAS		LEY 153 DE 1887	
1471	118	600	126, 127	Artículos	Números	Artículos	Números
1494	75	602	126, 128	26	174	32	79
1495	66	604	124	48	173	62	65
1500	66	605	124, 128	49	173	20	132
1513	121	606	124, 128	50	173	79	105
1546	14, 48	610	128	51	173	95	167
1556	145	611	128	64	173		
1583	145	612	128	363	173		
1584	145	613	128	397	172		
1585	145	645	124				
1602	14, 66, 191	651	124				
1603	14	652	124				
1606	191	653	124				
1608	14, 191	654	124				
1609	4, 14, 184, 191	655	124				
1610	14	660	124				
		661	124				
		662	124				
		663	124				

LEY 56 DE 1890		LEY 40 DE 1907		LEY 45 DE 1923		LEY 2.a DE 1932	
Artículos	Números	Artículos	Números	Artículos	Números	Artículos	Números
32	113	46	169	104	12	16	79
		145	50			21	79
						23	75
LEY 95 DE 1890		LEY 82 DE 1912		LEY 64 DE 1923		LEY 21 DE 1932	
Artículos	Números	Artículos	Números	Artículos	Números	Artículos	Números
15	179, 180, 181, 183	--	79	2ª	167	3ª	79
						4ª	79
LEY 89 DE 1890		LEY 4.a DE 1913		LEY 78 DE 1923		LEY 37 DE 1932	
Artículos	Números	Artículos	Números	Artículos	Números	Artículos	Números
1ª	144	169	197	--	52, 178	--	131
2ª	144			30	144		
LEY 96 DE 1890		LEY 60 DE 1914		LEY 99 DE 1923		DECRETOS CITADOS Decreto de 9 de septiembre de 1861, 16. Decreto número 832 de 1884, artículos 1ª, 3ª y siguientes, 11. Decreto legislativo número 2 de 1906, artículo 37, 80. Decreto legislativo número 37 de 1903, 80. Decreto número 761 de 1887, 173. Decreto número 150 de 1928, 83. Decreto número 1209 de 1932, 79. CIRCULAR DEL GOBIERNO NACIONAL A LOS GOBERNADORES Número 2063 de 22 de octubre de 1930, 86. ORDENANZAS Número 13 de 1920, de Caldas, 197. Número 17 de 1925, del Tolima, 169. CODIGO CIVIL DE BOLIVAR, DE 1862 Artículos Números 185 132 CODIGO CIVIL DEL CAUCA Artículos Números 1813 13	
Artículos	Números	Artículos	Números	Artículos	Números		
--	16	1ª	163	6ª	79		
LEY 105 DE 1890		LEY 35 DE 1915		LEY 13 DE 1925			
Artículos	Números	Artículos	Números	Artículos	Números		
31	173	8ª	113, 114	--	--		
37	173	21	113	5ª	79		
51	107, 110, 111, 240, 47	22	113				
52	64						
54	19						
79	88						
80	88						
253	17						
272	20						
LEY 119 DE 1890		LEY 84 DE 1920		LEY 64 DE 1926			
Artículos	Números	Artículos	Números	Artículos	Números		
--	113	--	113	--	169		
		4ª	114				
LEY 100 DE 1892		LEY 90 DE 1920		LEY 84 DE 1927			
Artículos	Números	Artículos	Números	Artículos	Números		
29	20	9ª	22, 31, 43	--	83		
14	86	12	29, 132, 168				
LEY 169 DE 1896		LEY 26 DE 1922		LEY 124 DE 1928			
Artículos	Números	Artículos	Números	Artículos	Números		
2ª	47, 134, 239, 240	16	117	--	85		
17	246						
34	60						
49	77						
LEY 104 DE 1922		LEY 118 DE 1931					
Artículos	Números	Artículos	Números				
3ª	5	--	52, 147, 178				
5ª	5						

Fe de erratas:

En la doctrina número 167, donde dice: Ley 157 de 1857, debe leerse: Ley 153 de 1887.

INDICE ALFABETICO

TOMO XXXIX

8

		Págs.
A		
Acosta Dioselina contra Flomena Prieto de Acosta. Juicio divisorio.....	597	
Actas de las sesiones de abril y mayo de 1933, sobre elección de Magistrados de los Tribunales Superiores.....	106	
Agudelo Lorenzo contra la iglesia de la Candelaria. Indemnización de perjuicios.....	65	
Alvarez Bernardo contra Roberto Moreno, por pesos.....	50	
Alvarez Cristina contra Alejandro Dager. Indemnización de perjuicios.....	594	
Alvarez de Aragón Carmen contra Pío Rizo y otra. Nulidad de un contrato.....	247	
Amado Luis. Homicidio.....	506	
Amaya Alejandro contra Daniel Nieves P. Juicios reivindicatorios acumulados.....	56	
Arango Jesús A. y otro contra María R. Vélez Arango. Nulidad de un contrato.....	490	
Arias Carmen. Se decreta una pensión en su favor.....	628	
Arizabaleta Jorge contra Jorge González y otro. Rescisión de un contrato.....	218	
Atuesta Daniel. Homicidio.....	514	
B		
Barrero Daniel contra Eliseo Orjuela. Juicio reivindicatorio.....	600	
Barreto Francisco y otro contra Vidal Melo, por pesos.....	22	
Barros Blas de, contra María del Pilar Cervantes. Juicio reivindicatorio.....	272	
Bayer José Joaquín. Demoras en la Administración de Justicia.....	513	
Bedoya Domingo contra Salvador de Bedoya. Juicio reivindicatorio.....	186	
Bedoya Luis F. contra José María Bedoya. Resolución de un contrato.....	24	
Bermúdez C. Carlos. Homicidio.....	82	
Bravo Julio contra Alcides A. Pérez. Juicio reivindicatorio.....	305	
Bravo Julio contra Néstor Mora, por dinero.....	169	
Bucheli José María contra el Banco del Sur, por dinero.....	272	
Buenaventura José G. Sobre su reconocimiento como patrono de una capellanía.....	274	
Buitrago Martín. Homicidio.....	622	
C		
Caballero Manuel S. Falsificación de moneda.....	619	
Calvache Rafael contra Eligenio Diaz. Juicio divisorio.....	592	
Camacho Bonifacio contra Ana Josefina Fierro. Nulidad de un contrato.....	357	
Camacho Roldán & Tamayo contra la Nación. Pago de unos valores de Tesorería.....	394	
Camilo Gaciano. Homicidio.....	80	
Cárdenas P. contra la Nación. Pago de unos bonos.....	91	
Castaño Camilo contra Sixto Henao. Mejoras de un terreno.....	148	
Castro José Serafín. Pensión vitalicia.....	627	
Cerón Camargo Tomás contra Marco A. Quijano. Juicio reivindicatorio.....	50	
Cerón Inocencia contra los sucesores de Juan Cerón, por dinero.....	591	
CH		
Céspedes José de J. contra Julián A. Henao. Oposición al denuncio de una mina.....	135	
Compañía Constructora de Pereira contra Luciano García. Juicio reivindicatorio.....	151	
Compañía de Gaseosas Ramírez contra Ezequiel Hoyos, por dinero.....	608	
Comunidad de los Alvarez contra Florentino Córdoba. Juicio reivindicatorio.....	18	
Corrales Juan B. Fuerza y violencia.....	90	
Correa Juan de Jesús contra la sucesión de Marco A. Correa. Impugnación de una maternidad y juicio reivindicatorio.....	242	
Cuitiva Petrona contra Rodolfo Pérez. Juicio reivindicatorio.....	154	
D		
Dávila Francisco y otro contra el Municipio de Santa Marta. Indemnización de perjuicios.....	328	
Davis de Brock Catherine contra Olimpia Brock. Juicio reivindicatorio.....	163	
Decretos legislativos números 2 y 37 de 1906, sobre turbación del orden público.....	1	
Decreto número 2110 de 1931, sobre rebaja de pensiones en el ramo de correos y telégrafos.....	316	
Delgado Samuel Jorge contra Jorge E. Bueno. Juicio reivindicatorio.....	453	
Departamento de Cundinamarca contra Daniel Baracaldo, por pesos.....	99	
Departamento de Santander contra Dulcey. Juicio reivindicatorio.....	400	
Departamento del Tolima contra Salvador Castro, por pesos.....	202	
Díaz Acebedo Francisco contra Basilio Quintero. Juicio reivindicatorio.....	129	
Díaz Otero Margarita. Pensión.....	629	
Domico Miguel. Heridas.....	626	
Durán Fabio A. Se le niega un recurso.....	186	
Durán Z. José J. contra Luis F. Tascón y otros. Juicio divisorio.....	605	
Duque Felipe contra la Sociedad Agrícola de Inmigración. Denuncio de un baldío.....	527	
Duque María de Jesús contra Roberto Duque. Juicio reivindicatorio.....	34	
E		
Echeverri Alfonso contra Santos Herrera. Juicio reivindicatorio.....	267	
Echeverri Hermanos contra La Commercial Union Assurance Company Limited, sobre el pago de un seguro.....	539	
Echeverri Ricardo y otros contra la Sociedad de Burila. Deslinde y amojonamiento.....	374	
Escobar José Joaquín contra Anacleto Aguirre. Oposición a la adjudicación de un baldío.....	256	
Esparza Ignacio contra Juan Carrillo. Deslinde.....	485	
Espinosa Bernardo contra Roberto Pedraza. Tercería.....	123	

Págs.

F

Flechas Pablo. Homicidio.....	518
Flórez Pedro A. y otra contra José García, por dinero....	528
Franco Elena de Franco contra Rafael Daza. Juicio reivindicatorio.....	337
Franco Hermanos y Compañía contra Emilio Mejía E. Cumplimiento de un contrato.....	610

G

Gamboa José J. contra Miguel Calero S. Inexistencia de unos contratos.....	461
García Andrés contra Andrés A. García, por dinero.....	39
García Francisco contra la Compañía de Energía Eléctrica de Honda. Indemnización de perjuicios.....	457
García Miguel Angel. Hurto.....	618
Garzón Teodomiro. Parricidio.....	499
Gaviria Celestino. Homicidio.....	624
Gil de Pinto Elvira. Se declara ejecutoriada una providencia en su juicio de sucesión.....	42
Gómez Humberto contra Feliciano García M. y otros. Juicio divisorio.....	67
Gómez Pedro José contra José Humberto Soler. Juicio reivindicatorio.....	121
González Elías H. contra Emeterio Rodríguez. Juicio reivindicatorio.....	386
González H. Elías contra The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited, sobre cumplimiento de unas sentencias y pago de perjuicios.....	209
Guerrero Luis Aurelio contra César de la Rosa, por pesos.....	538
Gutiérrez José María. Homicidio.....	510
Guzmán L. Joaquín contra Moisés A. Sananes y otro. Nulidad de un contrato.....	127

H

Henríquez Rafael. Deslinde del predio «San Sebastián del Pantano».....	523
Hernández María Francisca contra Antonia Salazar. Tercería.....	572
Hospital de San Juan de Dios contra Elvira Escobar de Agudelo. Reivindicación.....	13
Hurtado S. Demetrio contra Jesús Salinas. Juicio divisorio.....	557

I

Informe del señor Magistrado doctor Cárdenas, referente al nombramiento de Magistrados del Tribunal de Medellín.....	105
--	-----

J

Jaimes Luis Felipe. Homicidio.....	192
Jaramillo Vicente G., contra Juan de la Cruz Restrepo, por pesos.....	549

L

La Nación contra Cohén Castel Johnson & C., por pesos.....	104
La Nación contra Cortissoz, Correa & C., por pesos.....	630
La Nación contra Escipión Mosquera, por pesos.....	417
La Nación contra Escipión Mosquera y Compañía, por pesos.....	526
La Nación contra la Asociación Mercantil del Pacífico y otra por pesos.....	407
La Nación contra La International Securities Corporation of America, por pesos.....	206
La Nación contra León Acrich y otros por pesos.....	405
La Nación contra Manuel A. Salazar. Se decide una competencia.....	632
La Nación contra The Colombia Railways & Navigation Company Limited, sobre entrega de unos rieles.....	413
León Teófilo contra Augusto Vernaza y otro. Tercería excluyente.....	125
Ley 60 de 1914, inciso 2.º, artículo 1.º, orgánica del Consejo de Estado. No es inexecutable.....	110

Págs.

López Foción. Injurias.....	520
López L. Nicolás contra Pedro A. Molina y otros. Juicio reivindicatorio.....	41
Luna Jesús. Homicidio.....	500

LL

Llugaya Francisco. Robo.....	614
------------------------------	-----

M

Mancera Elicerio. Tercería excluyente en el juicio de Luis E. Ramos contra Tulio Castro.....	575
Mariño Domingo contra la Sociedad Lacorazza Hermanos, por pesos.....	359
Martínez Jesús María contra Frank A. Anderson. Reivindicación de una cuota parte de una mina.....	373
Martínez Pablo Santiago contra Melquiades García. Juicio reivindicatorio.....	567
Marroquín Luis F. contra Julio Ospina. Juicio reivindicatorio.....	227
Marroquín Luis F. contra la iglesia de Guadalupe. Juicio reivindicatorio.....	259
Medina Eduardo contra Maximiliano Fernández. Juicio reivindicatorio.....	586
Medina Ernestina contra la comunidad dominicana. Nulidad.....	561
Medina Ramón contra Marco A. Jaramillo. Juicio reivindicatorio.....	574
Mejía Elisenio y otros. Homicidio.....	83
Mendoza Delfín contra Saad M. Mor, por pesos.....	43
Merizalde Durán Ernesto contra el Departamento del Tolima, sobre el pago de un billete de lotería.....	401
Mogollón Jesús contra Enrique Quintero. Juicio divisorio.....	223
Molina Callejas contra Benicia Ruiz de Santamaría. Denuncio de una mina.....	332
Mora Castello José. Homicidio.....	195
Morales Manuel P. contra Lorenza Vásquez. Petición de herencia.....	132
Municipio de Belén contra el Departamento de Caldas, por pesos.....	95
Municipio de Pereira contra el Departamento de Caldas, por pesos.....	96
Municipio de Zetaquirá contra el Departamento de Boyacá, por pesos.....	391
Muñoz Obando Camilo contra Hernando Caicedo. Pago de unos honorarios.....	319

N

Nuevo Banco de Bogotá contra Enrique Azula Gómez, por pesos.....	215
--	-----

O

Ordóñez Benito contra José Ordóñez. Rescisión de un contrato.....	140
Ortiz Judit contra Rafael Madrid. Tercería excluyente.....	281
Ortiz Mercedes. Partición material en su juicio de sucesión.....	578
Ospina Mauricio contra el Departamento de Cundinamarca, por pesos.....	98
Otálvaro Ismael. Homicidio.....	498

P

Pabón Lucio. Se le niega un recurso de hecho.....	24
Pardo Benilda dontra Elvira Quintero y otra. Nulidad de un contrato.....	27
Parra Fermín. Homicidio.....	517
Pasmin Faustino contra la Empresa de Fuerza y Energía Eléctrica de Buga. Indemnización de perjuicios.....	554
Penilla Abel. Homicidio.....	616
Peña Ricardo contra Francisco Lores. Indemnización de perjuicios.....	363
Pérez Ana Joaquina contra José A. Pupo. Nulidad de un contrato.....	380
Pérez Chacón Luis. Se le niega una apelación.....	628
Perilla Barreto Fidel. Se niega la reconsideración de un auto.....	193

	Págs.
Pimiento Rosendo. Homicidio.....	522
Polo Eladio. Responsabilidad.....	199
Porras Sebastián contra el Municipio del Rosario. Deslinde y amojonamiento.....	494
Prieto Margarita viuda de Mendieta contra Januario Gómez. Nulidad de unos contratos.....	430
Puche Gabriel contra la Nación. Juicio reivindicatorio.....	419

Q

Quijano Ezequiel contra Manuel Felipe Perera. Juicio reivindicatorio.....	559
Quintero Carlota contra Clotilde Hernández de Mora. Nulidad de una partición.....	297
Quintero V. Teodoro. Partición de los bienes de su sucesión.....	265

R

Ramírez Antonio José contra Fabio Benavides. Ejecución de un contrato.....	421
Ramírez Rosa contra José Dolores Cadavid. Separación de bienes.....	382
Ramos José. Asesinato.....	504
Resolución número 1.º de 1933 del Ministerio de Gobierno, sobre el precio de la <i>Gaceta Judicial</i>	314
Restrepo S. Emilio contra el Municipio de Medellín. Rectificación del cauce de un río y pago de perjuicios.....	324
Reyes Llaña Luis F. contra Ignacio Navarro. Servidumbre de aguas.....	342
Riaño José Gregorio contra el Departamento de Cundinamarca, por pesos.....	418
Riobamba Miguel Luis contra Epaminondas Gómez. Nulidad de un contrato.....	137
Rivera Félix A. contra Luis María Restrepo, por pesos.....	282
Robledo Luis contra Juan Pablo Echeverri. Rendición de cuentas.....	477
Rocha Fernando contra Segundo Rocha. Juicio divisorio.....	532
Rodríguez Paula contra Francisco Rodríguez. Petición de herencia.....	369
Rodríguez Primitivo contra Rafael Reyes. Juicio reivindicatorio.....	284
Rojas Mercedes y otro contra Carlos S. Poveda. Rescisión de un contrato.....	581
Rosas Ramón M. y otra contra José Marcos Olinto Navas. Juicio reivindicatorio.....	348
Rosero Juan contra Manuel Enríquez F., por pesos.....	269
Rubiano Carlos contra Paulina Méndez. Deslinde.....	236
Rueda Eduardo A. contra la Nación. Cumplimiento de un contrato.....	316
Rueda Elena contra Parra Hermanos. Deslinde.....	292
Rueda Florentino. Homicidio.....	621
Ruiz Virginia contra Juan F. Rodríguez. Juicio reivindicatorio.....	156

S

Sabogal Agustín contra la Nación, por pesos.....	413
Salas Oscar G. contra Joaquín E. Monsalve. Nulidad de un remate.....	605
Salazar Tomás y otra contra Casimiro Durán. Vocación hereditaria.....	3
Salcedo Olimpo. Homicidio.....	198
Salgado Ana y otras. Partición de un terreno.....	145
Sánchez Tulio F. Se declara desierto un recurso de casación.....	362
Santofimio Heliodoro contra el Departamento del Tolima. Indemnización de perjuicios.....	405
Satizábal Arcesio contra Adolfo Escobar. Juicio reivindicatorio.....	234
Sistiva Abdón contra Eloy Blanco. Partición de bienes.....	301
Solicitud de suspensión del Concejo Municipal de Fosca. Sucesores de Pedro Ochoa contra la Nación. Juicio reivindicatorio.....	99
	101

SALVAMENTOS DE VOTO

Del Magistrado doctor José Miguel Arango:	
En el juicio de Ignacio Uribe contra José J. Jaramillo, por pesos.....	115

Págs.

En el juicio de Catherine Davis de Brook contra Olimpio Brook. Juicio reivindicatorio.....	168
En el juicio de Jesús A. Arango contra María Rosa Vélez. Nulidad de un contrato.....	493

Del Magistrado doctor Enrique Becerra:

En el juicio de los sucesores de Pedro Ochoa Medina contra la Nación. Juicio reivindicatorio.....	103
En el reconocimiento de pensión a favor de Edmundo Vilar.....	632

Del Magistrado doctor Parmenio Cárdenas:

En la causa contra Eliseo Mejía y otros, por homicidio....	89
En la causa contra Manuel Caballero, por falsificación de moneda.....	620

Del Magistrado doctor Juan B. Jiménez:

En el juicio de la Compañía de Gaseosas Ramírez contra Ezequiel Hoyos, por pesos.....	609
En el juicio de Juan Rosero contra la sucesión de Manuel A. Freire, por pesos.....	270

Del doctor Julio Luzardo Fortoul:

En el juicio de Camacho Roldán & Compañía contra la Nación, sobre pago de unos vales de Tesorería.....	399
--	-----

Del doctor Juan E. Martínez:

En la demanda sobre inexequibilidad de los decretos legislativos números 2 y 37 de 1906, sobre turbación del orden público.....	3
En el juicio de Eduardo Medina contra Maximiliano Fernández. Reivindicación.....	590

Del Magistrado doctor Tancredo Nannetti:

En el juicio de José Joaquín Gamboa contra Miguel Calero S. Inexistencia de un contrato de mutuo.....	465
---	-----

Del Magistrado doctor Luis F. Rosales:

En el juicio de la Nación contra la International Securities Corporation of América, por pesos.....	206
---	-----

T

Tangarife Eduardo. Falsificación de moneda.....	516
Tavera Aurelio contra Sofia Barrera. Juicio reivindicatorio.....	116
Tello Roberto contra la Nación. Solicitud de una pensión.....	204
Tobón Roberto contra Luis Vergara Z. Servidumbre de tránsito.....	339
Torres Israel. Homicidio.....	74

U

Uribe Holguín Miguel S. contra José M. Pinto Valderrama. Nulidad.....	480
Uribe Ignacio. Se revoca un auto en un juicio contra él.....	628
Uribe Ignacio P. contra José J. Jaramillo, por pesos.....	112

V

Vargas Eliecer contra el Colegio de Boyacá, por pesos.....	467
Vásquez Uribe Federico contra el Municipio de Medellín. Juicio reivindicatorio.....	181
Velasco Rafael. Envenenamiento.....	76
Vélez Juan de J. contra el Ferrocarril de Amagá, por perjuicios.....	250
Vengoechea Alberto. No se le admite un recurso de hecho.....	331
Vilar Edmundo. Se le concede una pensión.....	631
Villalobos Juan de J. contra Sara Martínez. Propiedad de un derecho de usufructo.....	289
Villamizar Justo. Homicidio.....	508

Z

Zapata Félix contra J. Pablo Tamayo. Juicio reivindicatorio.....	345
Zapata Petrona contra Bartolomé Martínez Bossio & C.ª, por pesos.....	7
Zúñiga Reyes contra José A. Zúñiga. Nulidad.....	61